ISSN 1809 - 9157

REVISTA CIENTÍFICA

Revista Jurídica UNIRB

Publicação Científica da UNIRB | Ano I - Julho/2011

" O DIREITO CONTEMPORÂNEO EM DEBATE"

Ciclo do Sistema de Avaliação do Ensino Superior
Conceito Institucional 4
SINAES - MEC

UNIRB FACULDADE REGIONAL DA BAHIA

UNIRB FACULDADE REGIONAL DE ALAGOINHAS

Revista Jurídica UNIRB
Ano 01 | Volume 02 | Nº 04

O Direito Contemporâneo em Debate

ISSN 1809 - 9157

Revista Científica UNIRB | Volume 02 | Número 04 | Ano 2011

Revista Jurídica UNIRB

O Direito Contemporâneo em Debate

UNIRB
FACULDADE REGIONAL DA BAHIA

UNIRB
FACULDADE REGIONAL DE ALAGOINHAS

Revista Jurídica UNIRB

Uma publicação científica da Faculdade Regional da Bahia

O Direito Contemporâneo em Debate

ISSN 1809 - 9157

Revista Científica UNIRB | Volume 02 | Número 4 | Ano 2011

Coordenação
Prof. Dejair dos Anjos S. Júnior

Elaboração
Prof. Dejair dos Anjos S. Júnior

Diagramação
Jorge Conceição Roberto Pereira Filho

Revisão
Camila Mascarenhas Mustafá

Impressão
Gráfica SENASP

Revista Jurídica da UNIRB

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Catalogação na Fonte
BIBLIOTECA DA FACULDADE REGIONAL DA BAHIA - UNIRB

O Direito Contemporâneo em Debate

Faculdade Regional da Bahia - UNIRB
Julho / 2011

R454 Revista Jurídica da UNIRB / Faculdade Regional da Bahia - UNIRB.
V.1. n. 1. (Jul. 2011) – Salvador. 2011.[on-line]

v. 1 n. 1. (jul. 2011)
117f.
ISSN

1. Direito – Produção científica. 2. Direito. I. Título. II. Faculdade Regional da Bahia - UNIRB

CDD340

Apresentação e Agradecimento

"Aprendi que um homem só tem o direito de olhar um outro de cima para baixo para ajudá-lo a levantar-se"
Gabriel Garcia Márques

Após quatro anos de gestão acadêmica, sempre se fez presente em mim a vontade de efetivamente organizar um Núcleo de Iniciação Científica, de fato imbuído da idéia de pesquisa acadêmica e em que toda a comunidade do Curso de Direito da IES, tanto docentes, quanto discentes produzissem como pesquisadores, mesmo dentro das limitações das Faculdades Privadas que anseiam por recursos, mas ainda assim compartilham, como é o exemplo da UNIRB pela busca da excelência em seu ensino, e a concretização do tripé ensino-pesquisa e extensão.

Ainda como Coordenadora do Curso de Direito da UNIRB criei o Núcleo de Iniciação Científica sob a orientação do Professor Tarssis Barreto – Mestre em Direito Privado pela UFBa, quando na oportunidade fêz-se o estudo da Bioética e do Biodireito, e como resultado foram produzidos inúmeros artigos científicos à época apresentados à Comissão do Ministério da Educação com fins do Reconhecimento do Curso de Direito da UNIRB, o qual logrou nota máxima Cinco em seu Projeto Pedagógico e sua Organização Didático-pedagógica.

Esta Revista Jurídica, portanto, é fruto de um sonho que com muito esforço se tornou realidade. A Faculdade Regional da Bahia - UNIRB merecia este presente dos seus ilustres professores e gabaritados alunos.

Sinto-me honrada em pertencer a esta organização e neste momento faço meus sinceros agradecimentos à Comissão montada pela Coordenação do Curso de Direito para a organização da Revista, quais sejam: Prof. Dejair dos Anjos, Profa. Carla Guimarães e Profa. Jayla Maruzo, que com esforços sobre-humanos superaram todas as dificuldades e sem hesitar cumpriram todos os prazos determinados com fins à publicação da Revista Jurídica da UNIRB e especial lançamento através de Simpósio ocorrido na própria IES onde alguns dos autores apresentarão seus artigos a exemplo de Cristiano Chaves de Farias, Hugo de Brito Machado, Hugo de Brito Machado Segundo, Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz, Rodolfo Pamplona
Meus sinceros agradecimentos à Diretoria Geral e Financeira da UNIRB pelo apoio incondicional, desde o início do ainda Projeto de Revista. Educadores, sempre atentos e dispostos ao investimento na excelência da educação na Bahia , bem como em sua filial Alagoinhas.Neste primeiro exemplar da Revista Jurídica da UNIRB, o leitor se deparará frente a temas polêmicos, o que objetiva posicionar o leitor, sobre as diversas interpretações, trazendo à colação ilustradas opiniões de doutrinadores nacionais e estrangeiros e Julgados dos Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Estaduais.

Que possamos aproveitar esta oportunidade com o lançamento da I Revista Jurídica da UNIRB e darmos continuidade a tão relevante atividade para o meio acadêmico com o mesmo entusiasmo para os próximos anos.

Dra. Sara Borges
Diretora Acadêmica e Coordendora de Direito da UNIRB
Coordenadora do Curso de Direito / UNIRB

Sumário

CAPÍTULO I - Artigos de Professores Convidados

Variações do Abuso do Direito nas Relações de Família: *O Venire contra factum proprium, a Supressio / Surrectio, O Duty to Mitigate the Loss* e a Violação Positiva ao Contrato **8**

Parecer Jurídico **19**

A homenagem aos ascendentes como motivo justo ao acréscimo de sobrenome: uma interpretação da expressão "motivadamente", constante no art. 57 da Lei de Registros Públicos, à luz da hermenêutica pós-positivista **33**

Reflexões sobre o argumento da reserva do possível **36**

CAPÍTULO II - Artigos do Corpo Docente da UNIRB

O Direito Informacional Brasileiro e a Política de Arquivos: Evolução histórica, políticas de arquivos e a gestão informacional vigente no Brasil **38**

Conflito entre a liberdade de informação e o direito à imagem dos acusados mediante a utilização do princípio da ponderação prática e da proporcionalidade **49**

A efetividade dos direitos fundamentais e o combate às omissões legislativas inconstitucionais **55**

Reprodução Assistida: As Novas Técnicas Reprodutivas Conceptivas (NTRC) - Uma ampliação das escolhas para as mulheres ou um reforço aos sistemas sexistas e de classe? **71**

CAPÍTULO III - Artigos do Corpo Discente da UNIRB

Procedimento Arbitral: Breve histórico através do tempo e sua utilização no Brasil **79**

A Reinserção do Trabalhador no Mercado de Trabalho: As implicações advindas do processo de reinserção do trabalhador no mercado de trabalho com relação à reabilitação e a readaptação profissional **90**

Serviço de Transporte de Passageiros: Os direitos dos usuários do sistema de transporte de passageiros e a responsabilidade jurídica dos prestadores **100**

Relação de trabalho de empregados domésticos **112**

Capítulo I
Artigos de Professores Convidados

Cristiano Chaves de Farias
Hugo de Brito Machado
Hugo de Brito Machado Segundo
Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz
Rodolfo Pamplona Filho
Ricardo Maurício Freire Soares

VARIAÇÕES DO ABUSO DO DIREITO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: O *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*, A *SUPRESSIO/SURRECTIO, O DUTY TO MITIGATE THE LOSS* E A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Cristiano Chaves de Farias[1]

SUMÁRIO: 1. Lineamentos sobre o abuso do direito; 2. O abuso de direito na ordem civil-constitucional e a sua íntima relação com a boa-fé objetiva; 3. O abuso de direito e o Código Civil (latitudes e longitudes do art. 187); 4. Lineamentos sobre a proibição de comportamento contraditório (venire contra factum proprium) e a supressio e surrectio; 5. Noções gerais sobre o duty to mitigate the loss (o dever do credor de mitigar as próprias perdas) e sobre a violação positiva de contrato. 6. A boa-fé objetiva no Direito das Famílias; 7. Aplicação do venire contra factum proprium e da supressio e surrectio no âmbito das relações familiares; 8. O duty to mitigate the loss e a violação positiva do contrato nas relações de família. 9. Notas conclusivas. Referências.

> *"Todo dia eu só penso em poder parar; Meio dia eu só penso em dizer não; Depois penso na vida pra levar E me calo com a boca de feijão (...)*
> *Toda noite ela diz pra eu não me afastar; Meia-noite ela jura eterno amor; e me aperta pra eu quase sufocar; e me morde com a boca de pavor..."*
>
> (CHICO BUARQUE DE HOLLANDA, Cotidiano)

1. Lineamentos sobre o abuso do direito

A teoria do abuso do direito somente despontou no final do Século XIX, como uma das mais relevantes conseqüências da superação de concepções individualistas, que entendiam ser o absoluto exercício dos direitos a autêntica expressão de uma liberdade ilimitada. Concedida a liberdade e a autodeterminação ao ser humano, deveria ele, eventualmente, arcar com a responsabilidade pelas condutas ofensivas ao ordenamento jurídico e, portanto, ilícitas. A introdução do abuso do direito permite vislumbrar uma via intermediária entre o permitido e o proibido.

Construída em sede doutrinária e jurisprudencial, ao longo do século XX, a teoria do abuso de direito deita nítidas raízes no Direito medieval, identificada nos atos emulativos (aemulatio), denominação emprestada àqueles atos praticados pelos proprietários ou vizinhos com o objetivo primordial de prejudicar a terceiros.[2]

A teoria do abuso do direito resulta, portanto, "de uma concepção relativista dos direitos", como percebe ORLANDO

1 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Mestre em Ciências da Família na Sociedade Contemporânea pela UCSal. – Universidade Católica do Salvador. Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito e do Curso JusPODIVM – Centro Preparatório para as carreiras jurídicas. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Civil do Curso JusPODIVM. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

2 O *leading case*, em matéria de abuso do direito, data de 1912. É o caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, no qual foi acolhida, expressamente, a teoria do abuso de direito. Consta que o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa ou interesse próprio, enormes torres com lanças de ferro, colocando em perigo as aeronaves que ali aterrissavam. Julgando a causa, o Tribunal reputou abusiva a conduta do titular do domínio, vislumbrando exercício anormal do seu direito de propriedade.

GOMES, acrescentando tratar-se de um "conceito amortecedor", cuja "função precípua é aliviar os choques freqüentes entre a lei e a realidade", tendo como verdadeiro pano de fundo servir como "técnica de reanimação de uma ordem jurídica agonizante, fórmula elástica para reprimir toda ação discrepante de novo sentido que se empresta ao comportamento social".[3]

Assim, é possível inferir, desde logo, que a caracterização do ato abusivo atrela-se, estreitamente, ao estabelecimento de limites para o exercício dos direitos, sujeitando aquele que ultrapassá-los a correspondentes sanções civis, por ingressar no plano da antijuridicidade.

2. O abuso de direito na ordem civil-constitucional e a sua íntima relação com a boa-fé objetiva[4]

O Código Civil de 2002, inovando em relação ao texto do seu antecessor, consagrou, expressamente, a teoria do abuso de direito, em seu art. 187, com nítida inspiração no direito português (art. 334 do Código luso):

> *CC, art.187:*
> *"Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".*

Em sendo assim, o abuso do direito é constatado no instante da violação do elemento axiológico da norma. Instala-se a contrariedade entre o comportamento comissivo ou omissivo do indivíduo e o fundamento valorativo-material do preceito.

Indaga-se, todavia, se é possível mensurar o que pode ou não ser considerado exercício admissível de determinada posição jurídica. Parece-nos que a resposta se situa justamente nos termos do art. 187 do Código Civil. O essencial do abuso do direito será dado pelos contornos da boa-fé, dos bons costumes e da função social e econômica dos direitos.

O verdadeiro critério do abuso do direito, por conseguinte, parece se localizar no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como abusivos estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança ditados pelo conteúdo desse fundamental princípio, independentemente de qualquer propósito de prejudicar. Por isso, conforme a lição de TERESA NEGREIROS[5], boa-fé e abuso do direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular e, nesta medida, abusivo se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Sendo o uso antifuncional do direito aferido objetivamente, com base no conflito entre a sua finalidade própria e a atuação concreta da parte, é forçoso reconhecer que a constatação do abuso passa, obrigatoriamente, pela análise da boa-fé objetiva.

Nessa linha de idéias, consoante entendimento que já é patrocinado pela melhor jurisprudência, há de se relacionar o abuso de direito ao princípio da boa-fé objetiva, utilizando-o como parâmetro para definir limites do ato antijurídico.[6]

Com mais minúcias: não se pode deixar de reconhecer uma íntima ligação entre a teoria do abuso de direito e a boa-fé objetiva – princípio vetor das relações jurídicas no Brasil (CC, arts. 113 e 422) – porque uma das funções da boa-fé objetiva é, exatamente, limitar o exercício de direitos subjetivos (e de quaisquer manifestações jurídicas) contratualmente estabelecidos em favor das partes, obstando um desequilíbrio negocial.

Sem dúvida, "com a inclusão da coibição do abuso de direito na categoria dos atos ilícitos, aquele que, ao exercer direito seu, excede os limites aceitáveis, avaliados segundo o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes, ocasionando prejuízo a outrem, comete ato ilícito e deve reparar", como ressaltam INÁCIO DE CARVALHO NETO e ÉRIKA HARUMI FUGIE[7]. Trata-se, pois, de aplicação da teoria da ilicitude, também, aos atos abusivos, isto é, ao exercício irregular, excessivo, de situações jurídicas, independentemente da culpabilidade do seu titular.

3. O abuso de direito e o Código Civil (latitudes e longitudes do art. 187)

No art. 186 do Código Civil se encontra uma cláusula geral de ilicitude por culpa – praticamente reiterando o art. 159 do Código Civil de 1916. Em contrapartida, o art. 187 enfatiza uma cláusula geral de ilicitude, de índole objetiva, ao mencionar que *"também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".*

O legislador, enfim, qualificou o abuso do direito como ato ilícito.

O mérito do art. 187 do Código de 2002 é realçar que o critério do abuso não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social. Acolhe-se, em concreto, a teoria objetiva finalista[8]. Como pondera RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, desaparece o elemento que até

3 GOMES, Orlando, cf. *Introdução ao Direito Civil*, cit., p. 131.

4 As idéias aqui apresentadas, estão desenvolvidas, com maior aprofundamento, em outra sede, para onde se remete o leitor, com o propósito de uma leitura mais amiúde do tema, com variações genéricas por toda a Teoria Geral do Direito, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito Civil:* Teoria Geral, cit., p.608.

5 NEGREIROS, Teresa, cf. *Teoria do contrato*, cit., p. 141.

6 *"Conta-corrente. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos"* (STJ, Ac.unân. 4a T., REsp. 25.052-3/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 19.10.00, DJU 18.12.00, p. 203).

7 CARVALHO NETO, Inácio; FUGIE, Érika Harumi, cf. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, cit., p. 203.

8 Nessa tocada, foi cimentado no Enunciado 37 da Jornada de Direito Civil: *"a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico."*

hoje a nossa jurisprudência exige para reconhecer a presença do abuso do direito, que seria a intenção de causar o dano, o "sentimento mau" a animar o agente, pois o Código Civil dispensa o elemento subjetivo e se contenta com a culpa social que reside no comportamento excessivo[9].

Aqui, coloca-se em relevo outro elemento do ato abusivo – a sua causa –, considerado em sentido teleológico: o direito subjetivo é um direito-função e o seu exercício abusivo motiva a ruptura do equilíbrio dos interesses sociais concorrentes.

No art. 186, a Lei Civil define como ilícita a violação frontal da norma por qualquer pessoa que infrinja os seus pressupostos lógico-formais. Isto é, de forma apriorística estabelece uma concreta proibição normativa à prática de uma conduta. Mediante uma qualificação exclusiva do legislador, o sistema, automaticamente, reprova os comportamentos hostis à letra da norma. A outro giro, ao cuidar do abuso do direito, no art. 187, impõe-se uma leitura é diversa. Aqui, alguém aparentemente atua no exercício de um direito. O agente não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende a sua valoração. Conduz-se de forma contrária aos fundamentos materiais da norma, por negligenciar o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento. Em outras palavras, no abuso do direito não há desafio à legalidade estrita, porém à própria legitimidade, posto vulnerado o princípio que a fundamenta.

Percebe-se que o abuso do direito revela a contrariedade da conduta ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencha a morfologia do direito subjetivo que se pretende exercer. Haverá, enfim, uma heteronomia na criação do direito: de um lado, o legislador introduz os valores que não podem ser vulnerados; de outro, o magistrado os preencherá na concretude do caso, examinando a proporção entre o exercício do direito e a sua repercussão teleológica.

Registre-se ser infeliz a referência à palavra "*direito*" contida na redação do art. 187 da Codificação, por induzir à idéia de uma restrição à aplicação da teoria do ato abusivo, o que impediria a sua incidência em outras situações jurídicas. Com efeito, ao contrário do que insinua o tipo legal, também as liberdades, as faculdades e os direitos potestativos admitem a incidência da teoria do ato abusivo, uma vez que podem estabelecer vantagens para o seu titular[10].

Merece censura, também, o uso da expressão *"exercê-lo"* na redação do art. 187, por induzir à falsa conclusão de que a conduta omissiva não poderia caracterizar abuso, o que não corresponde, efetivamente, à realidade. Em verdade, o ato abusivo pode decorrer de condutas comissivas e omissivas, sempre que o titular excede, manifestamente, os limites impostos pela boa-fé objetiva, pela função social e econômica e pelos bons costumes.

9 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, cf. "Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos", cit., p. 23.

10 Corroborando dessa tese, INACIO DE CARVALHO NETO assevera "não haver direitos insindicáveis em matéria de abuso, aplicando-se a teoria a quaisquer espécies de direitos", inclusive aos potestativos, cf. *Abuso do Direito,* cit., p. 217.

Outra observação que comporta reflexão se localiza na inserção do advérbio *"manifestamente"*, como forma de definir a partir de que limites o ato abusivo será passível de sancionamento pelo sistema. Há certa perplexidade em afirmar que um ato pode ser *"muito ou pouco"* abusivo. Sejamos peremptórios: ou há a violação aos valores da função, boa-fé e bons costumes, ou não há abuso do direito. Não é possível tolerar uma pequena violação a valores, pois toda lesão a princípios, per se, já é relevante.

Em sendo assim, conclui-se que o abuso do direito só ocupa posição de relevo em ordenamentos jurídicos que reconheçam a prevalência axiológica dos princípios constitucionais e superem a visão míope dos direitos como construções fracionadas e atomizadas. Apenas sistemas abertos terão a capacidade de captar os valores imantados em princípios e enviá-los diretamente às normas privadas, garantindo a supremacia da Lei Maior e a necessária unidade e coerência com os demais sistemas. Bem por isso, a cláusula geral do art. 187 propicia essa abertura ao influxo dos valores do art. 3º, I, da Constituição Federal, efetuando uma saudável ponderação entre o exercício da autonomia privada e os valores solidaristas do ordenamento.

E o constante revigoramento da teoria do abuso do direito será conseqüência da diuturna harmonização dos referidos princípios, sempre com vista ao valor supremo da preservação da dignidade da pessoa humana. Não mais é possível repetir impunemente o brocardo "tudo que não é proibido é permitido". Atualmente, nem tudo que não é proibido é permitido, pois no perímetro que separa a afirmação da negação reside o abusivo.

4. Lineamentos sobre a proibição de comportamento contraditório *(venire contra factum proprium)* e a *supressio e surrectio*

A amplitude e abertura da cláusula geral de abuso do direito permitem, naturalmente, o reconhecimento de diferentes categorias decorrentes de sua efetiva aplicação.

Equivale a dizer: o abuso do direito se apresenta, nos mais distintos âmbitos de sua incidência, com diferentes formas e feições, modelando-se às variações que defluem da própria boa-fé objetiva. Tais variações, contudo, estão entrelaçadas, diretamente, na perspectiva da boa-fé objetiva.

Dentre as variadas feições do abuso do direito, merecem referência o *venire contra factum proprium*, a *supressio* e a *surrectio*.

Quanto ao venire contra factum proprium, vale destacar, de saída, a observação de FRANZ WIEACKER de que a referida expressão (que também é designada de *proibição de comportamento contraditório*) evidencia de modo tão imediato a essência da obrigação de um comportamento conforme a boa-fé objetiva (ou seja, conforme o senso ético esperado de todos) que a partir dela é possível aferir a totalidade do princípio[11].

11WIEACKER, Franz, cf. *El principio general de la buena fe*, cit., p. 61

Pois bem, a proibição de comportamento contraditório (nemo potest venire contra factum proprium) é modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança – decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva (CC, art. 422)[12].

A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que *ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa*.

Com esse espírito, ALDEMIRO REZENDE DANTAS JÚNIOR conceitua o *venire contra factum proprium* como "uma seqüência de dois comportamentos que se mostram contraditórios entre si e que são independentes um do outro, cada um deles podendo ser omissivo ou comissivo e sendo capaz de repercutir na esfera jurídica alheia, de modo tal que o primeiro se mostra suficiente para fazer surgir em pessoa mediana a confiança de que uma determinada situação jurídica será concluída ou mantida"[13]. Dessa noção conceitual, é possível extrair os elementos essenciais para a proibição de comportamento contraditório: *i)* uma conduta inicial; *ii)* a legítima confiança despertada por conta dessa conduta inicial; *iii)* um comportamento contraditório em relação à conduta inicial; *iv)* um prejuízo, concreto ou potencial, decorrente da contradição. Fundamenta-se a vedação de comportamento contraditório, incoerente, na tutela jurídica da confiança, impedindo que seja possível violar as legítimas expectativas despertadas em outrem. Essa confiança, por seu turno, decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva (bem definida pela doutrina germânica como *Treu und Glauben*, isto é, dever geral de *lealdade* e *confiança recíproca* entre as partes).

A outro giro, derivando do sistema jurídico alemão, a *supressio* (ou *Verwirkung*, como preferem os alemães) e a *surrectio* (ou *Erwirkung*, na língua tedesca) são expressões cunhadas no direito lusitano, para designar o fenômeno jurídico da supressão de situações jurídicas específicas pelo decurso do tempo, obstando o exercício de direitos, sob pena de caracterização de abuso. Trata-se da inadmissibilidade do exercício de determinadas situações jurídicas por seu retardamento, omissão, fazendo surgir para outra pessoa uma expectativa[14].

Pois bem, diante dessas considerações, é possível dizer que a *supressio* é o fenômeno da perda, supressão, de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo, ao revés da *surrectio* que se refere ao fenômeno inverso, isto é, o surgimento de uma situação de vantagem para alguém em razão do não exercício por outrem de um determinado direito, cerceada a possibilidade vir a exercê-lo posteriormente.

O Código Civil, embora não expressamente, admite um típico exemplo de *supressio* no art. 330, ao tratar do pagamento, reiteradamente, realizado em local diverso daquele fixado no contrato.[15]

Sublinha ANDERSON SCHREIBER que o *Verwirkung* é um sub-tipo, uma subespécie, de *venire contra factum proprium* (isto é, proibição de comportamento contraditório), apenas caracterizado pelo fato de que a conduta inicial consiste em um comportamento omissivo, um não-exercício de uma situação jurídica subjetiva[16].

Aproxima-se, assim, a *supressio* da figura do *venire contra factum proprium*, pois ambas atuam como fatores de preservação da confiança alheia. Mas dele se diferencia primordialmente, pois, enquanto no *venire* a confiança em determinado comportamento é delimitada no cotejo com a conduta antecedente, na *supressio* as expectativas são projetadas apenas pela injustificada inércia do titular por considerável decurso do tempo – que é variável conforme as circunstâncias –, somando-se a isso a existência de indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido.

Outro aspecto que merece destaque é a desnecessidade de

12 *Conquanto nunca tenha sido contemplado expressamente no ordenamento jurídico, o princípio da vedação do comportamento proibitório mantém um "contínuo flerte" com os juristas contemporâneos, como percebe ANDERSON SCHREIBER, em excelente e pioneira obra sobre o tema, cf. A proibição de comportamento contraditório, cit., p. 62. Desse modo, apesar do silêncio da lei, promovida uma interpretação liberta das amarras positivistas, percebe-se que o venire contra factum proprium é consectário natural da repressão ao abuso de direito, sendo perfeitamente aplicável no direito brasileiro.*

13 DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, cf. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé,* cit., p.367.

14 As primeiras idéias centrais sobre a matéria se originaram na Alemanha, por conta da superdesvalorização da moeda, no início do século XX. Como, naquele momento histórico, a diferença de poucos dias na aplicação da correção monetária importava em considerável mudança no valor da dívida, exigiu a jurisprudência alemã que o credor fosse rápido na cobrança de seus direitos. Nessa trilha de raciocínio, em 1923, um tribunal germânico reconheceu a perda do direito à correção monetária por parte de um empreiteiro que havia retardado por mais de dois meses a comunicação ao seu cliente a respeito da pretensão de corrigir o preço ajustado. A partir daí, a *Verwirkung* difundiu-se no sistema jurídico alemão. Já em 1925 houve um célebre caso, relacionado à impugnação de uso de marca (direito autoral). O autor da demanda havia depositado, em 1906, no órgão competente a marca *Goldina*¸ para fins de uso com produtos laticínios em geral, mas apenas utilizou-se, efetivamente, da marca na margarina. De outra parte, o réu havia registrado, em 1896, a mesma marca *Goldina* para a produção de chocolate e produtos derivados. Todavia, a partir de 1918, passou a produzir, também, manteiga e leite condensado. Coincidentemente, em 1921, também o autor da referida ação resolveu produzir manteiga e leite condensado, com a marca *Goldina,* antes já depositada em seu favor. Diante do caso narrado, pleiteava o autor que o réu fosse impedido de utilizar-se da marca que havia registrado anos antes. A corte alemã, porém, deliberou pela impossibilidade de utilização tardia do direito de uso da marca autoral. Mais uma vez, a referência histórica é à obra de ANDERSON SCHREIBER, cf. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 179.

15 Reza o dispositivo codificado: *"o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato".* Ou seja, a inércia do credor, por não constituir em mora em devedor (CC, art. 394), gera a legítima confiança no devedor que poderá efetuar os pagamentos sucessivos no local que escolheu.

16 SCHREIBER, Anderson, cf. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 181.

investigação do elemento anímico – dolo ou culpa – por parte do titular não-exercente do direito, sendo a deslealdade apurada objetivamente com base na ofensa à tutela da confiança[17].

5. Noções gerais sobre o *duty to mitigate the loss* (o dever do credor de mitigar as próprias perdas) e sobre a violação positiva de contrato

Outra modalidade específica de aplicação (um desdobramento) do abuso do direito (ato ilícito objetivo) é o *duty to mitigate the loss* ou, em vernáculo, *o dever do credor de minorar as suas próprias perdas*.

Não há dúvidas de que o credor tem diversos direitos, dentre os quais (e o principal deles), exigir o cumprimento integral da obrigação e o respectivo atendimento de seu interesse creditício. Todavia, se o credor se comporta de maneira excessiva, comprometendo e agravando a situação jurídica do devedor, estará caracterizado o abuso do direito.

É aplicação efetiva e direta da boa-fé objetiva, impondo um comportamento ético ao credor, consistente em não prejudicar o devedor. Nesse passo, o Enunciado 169 da Jornada de Direito Civil é de clareza meridiana ao reconhecer que "*o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo"*.

Certamente, o dever anexo de cooperação e lealdade impõe ao credor atuar, concretamente, para não agravar a situação do devedor. Por isso, quando o seu comportamento implica em agravamento da situação do devedor, haverá abuso do direito de ser credor, produzindo as conseqüências naturais do ato ilícito objetivo. Aliás, a previsão de deveres jurídicos distribuídos também para o credor confirma a natureza *cooperativa* das relações jurídicas, inclusive impondo-lhe condutas que não comprometam ou dificultem o cumprimento efetivo da obrigação pelo devedor.

A partir disso, leciona LEONARDO DE MEDEIROS GARCIA que o *duty to mitigate the loss* "consiste na obrigação do credor em buscar evitar o agravamento do devedor", acrescentando que "o credor de uma obrigação precisa colaborar com o devedor na tomada de medidas cabíveis para buscar que o dano sofrido se restrinja as menores proporções possíveis"[18].

Naturalmente, não se exige que o comportamento do credor decorra do elemento subjetivo, pouco interessando se teve, ou não, culpa. Até porque seria quase impossível evidenciar que o credor teve culpa em prejudicar, reflexamente, a si mesmo.

A título de fixação e ilustração do tema, vale lembrar que no Direito do Consumidor o *superendividamento* é um exemplo eloqüente de abuso do direito em razão do *duty to mitigate the loss*. Com efeito, no momento em que o banco concede crédito a um cliente que já se encontra em dívida, amplia-se a chance de incorrer em insolvência civil. Noutra hipótese, vale lembrar, ainda, como abusivo por violação do dever de minorar as próprias perdas, o comportamento do locador que aguarda o inadimplemento de um volume considerável de aluguéis para cobrá-los em juízo, praticamente retirando do locatário o direito à purgação da mora, que lhe é assegurado por lei, ao tempo em que amplia, consideravelmente, o seu próprio prejuízo. Nesse caso, poderá o magistrado, a despeito do direito do locador de cobrar todas as parcelas vencidas e não pagas, fixar um número razoável de aluguéis para que o inquilino exerça o direito à purgação da mora.

A outro giro, sobreleva tecer alguns comentários gerais, também, sobre a violação positiva de contrato. Também é conhecida a violação positiva do contrato como *adimplemento ruim* ou *insatisfatório*, pois, apesar de alcançar-se o cumprimento do dever de prestação, restaram frustrados o exercício da boa-fé e a salvaguarda da confiança alheia.

Pois bem, com supedâneo na abstração e na generalidade da boa-fé objetiva, alarga-se o conceito de abuso do direito e, a reboque, o conceito de adimplemento contratual. Adimplir, doravante, significa atender a todos os interesses envolvidos na obrigação, abarcando tanto os deveres ligados à prestação propriamente dita, como àqueles relacionados à proteção dos contratantes em todo o desenvolvimento do processo obrigacional. O descumprimento dos deveres anexos provoca inadimplemento, com o nascimento da pretensão reparatória ou o direito potestativo à resolução do vínculo.

Reconhecidos os deveres anexos, laterais, decorrentes da boa-fé objetiva, surgem, com muita freqüência, na responsabilidade pré-contratual, quando ainda não há um dever de prestação, mas já se exige um cuidado com a integridade do eventual parceiro. Isto é, pede-se um comportamento leal entre os contraentes, para que possam ser alcançados os objetivos convencionados (*v. g.*, dever de sigilo e de não-concorrência). Em resumo, os deveres laterais alcançam todos os interesses conexos à execução do contrato. Excluem-se de seu âmbito todos aqueles deveres que não possam ser relacionados como necessários à realização da prestação.

O § 241, do *BGB* alemão, em sua versão antiga, proclamava que, "por força da relação obrigacional, o credor tem o direito de exigir uma prestação ao devedor. A prestação pode também consistir numa omissão". Na recente reforma do BGB de 2001 este preceito não foi alterado, mas a ele foi aditado o nº 1, que dispõe: "a relação obrigacional pode obrigar, conforme o seu conteúdo, qualquer parte com referência aos direitos, aos bens jurídicos e aos interesses da outra".

17 Em duas recentes decisões, o Superior Tribunal de Justiça considerou a *supressio* (REsp.356.821/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.4.02 e REsp. 214.680-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 10.8.99). Em comum, proprietários de unidades condominiais fizeram uso exclusivo de área de propriedade comum, que há mais de trinta anos só eram utilizadas pelos moradores das referidas unidades, pois eram os únicos com acesso ao local e estavam autorizados por assembléia condominial. Assim, houve o prolongado comportamento dos demais condôminos, como se não mais quisessem exercer o direito sobre a área comum, criando a expectativa, justificada pelas circunstâncias, da permanência desta situação. Assim, manteve-se o *statu quo ante*, em virtude do "princípio ético de respeito às relações definidas por décadas de convívio".

18 GARCIA, Leonardo de Medeiros, cf. *Direito do Consumidor*: Código Comentado e jurisprudência, cit., p.49.

Nota-se, com isso, que a noção de obrigação se amplia. O seu conteúdo é reconduzido a deveres que serão determinados na concretude de cada situação. Enquanto o inadimplemento absoluto e a mora concernem ao cumprimento do dever de prestação, na violação positiva do contrato aplica-se a uma série de situações práticas de inadimplemento que não se relacionam com a obrigação principal – mais precisamente, o inadimplemento derivado da inobservância dos deveres laterais ou anexos.

A doutrina foi obrigada a construir a categoria da violação positiva do contrato, perante o silêncio da lei. A sua delimitação conceitual encontra raízes na formulação de HERMANN STAUB, no início do século XX. Na Alemanha, a reforma do BGB de 2001/2002 tratou da matéria, ainda que sem a nomear. Assim, o § 280/1 *"Compete ao devedor que viole um dever proveniente de uma relação obrigacional o dever de indenizar"*; o § 324 permite, perante a violação de um dever proveniente de relação obrigacional, a resolução do contrato pelo credor. O Código Civil de 2002 partiu de um modelo das obrigações ainda forjado em paradigmas da metade do século XX. Portanto, não houve oportunidade de codificar as doutrinas mais recentes, incluindo-se aí a violação positiva do contrato, cuja base científica é inequívoca. É algo a se lamentar, pois a perfeita delimitação dos diversos modelos jurídicos propicia conexões mais claras e seguras, concedendo-se ao aplicador do direito a possibilidade de fundamentar os seus pareceres e decisões de forma homogênea, sem que cada um deles precise, a cada nova controvérsia, elaborar interpretações distintas e setorizadas, que muitas vezes fragilizam a segurança jurídica.

De qualquer forma, a correta hermenêutica da função integrativa da boa-fé objetiva remete à aceitação da violação positiva do contrato pela janela da cláusula geral do art. 422 do Código Civil.

A violação positiva do contrato como rompimento da relação de confiança que conecta as partes, mesmo que não atrelada aos deveres de prestação, deverá ser identificada em seus efeitos patrimoniais com o inadimplemento, para que dela se possa extrair o direito da parte ofendida à resolução do vínculo obrigacional ou, mesmo, à oposição da *exceptio non adimpleti contractus*, inclusive com todas as conseqüências da responsabilidade civil, sobremaneira o dever de indenizar em prol do lesado.

É válido exemplificar a violação positiva do contrato: *i)* o médico realiza tratamento e alcança a cura do paciente. Porém, a técnica empregada é extremamente dolorosa, quando existiam meios alternativos na ciência para se alcançar idêntico resultado sem que isto implicasse sofrimento para o paciente; *ii)* uma empresa contrata com agência de publicidade a colocação de outdoors pela cidade para a exibição de um novo produto. Todos os anúncios são colocados em locais de difícil acesso e iluminação, em que poucas pessoas tenham a possibilidade de visualizar a propaganda; *iii)* proprietário de haras adquire valioso cavalo e, em razão de falha no transporte, o animal chega em seu novo endereço magro e fragilizado.

6. A boa-fé objetiva no Direito das Famílias

Cogitando de um sistema aberto, o Direito de Família e a Constituição Federal precisam manter intenso vínculo comunicativo, com repercussão material dos princípios desta sobre aquele. Nesse espaço, a boa-fé objetiva é sentida como a concretização da confiança (e, em última análise, da própria dignidade humana) no campo das relações jurídicas.

É certo e incontroverso que o ser humano possui distintas necessidades vitais: isolar-se e relacionar-se. Quando busca o isolamento e a proteção contra injustificadas intromissões em sua intimidade e privacidade, a dignidade penetrará no Direito Civil pela via da tutela dos direitos da personalidade. No entanto, na maior parte de sua vida, a pessoa encontra-se em situação de (co)relação. Aqui se vislumbra a premente *confiança depositada reciprocamente entre os sujeitos de uma relação jurídica.* E essa confiança se apresenta pelas lentes da *boa-fé objetiva*[19]. A boa-fé significa, assim, a mais próxima tradução da confiança, que é, como visto alhures, o esteio de todas as formas de convivência em sociedade.

É natural, portanto, que *as relações patrimoniais e pessoais de família tenham de se harmonizar com a boa-fé objetiva*.

Pois bem, o amplo espectro de compreensão da boa-fé objetiva como mola propulsora das relações privadas impõe, assim, a sua incidência também nas relações de Direito de Família, sejam de índole patrimonial (como, *e.g.*, na compreensão dos bens a se comunicar de acordo com os regimes de bens), sejam de caráter pessoal (valendo o exemplo da união estável putativa)[20].

Desse modo, aplicada imperativamente no âmbito do Direito de Família, a boa-fé objetiva determina novos contornos para os institutos familiaristas, impondo-lhes um conteúdo voltado à proteção efetiva dos valores constitucionais, na medida em que confere maior realce à dignidade da pessoa humana e à solidariedade exigidas entre as pessoas.

Nessa tocada, FERNANDA PESSANHA DO AMARAL GURGEL, corretamente, esclarece que "a boa-fé objetiva, por conter valores essenciais, de conteúdo generalizante, deve ser posicionada como um princípio geral a ser priorizado em todo o direito e nas diversas espécies de relações jurídicas, inclusive no que concerne às relações familiares", não sendo possível isolar o fenômeno ético, de magnitude constitucional,

19 As idéias tratadas no tópico são desenvolvidas com maior aprofundamento em obra específica que escrevemos sobre o tema, voltando a atenção, porém, noutro prisma, às relações obrigacionais, In FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito das Obrigações*, 3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, para onde se remete o leitor, quando se fizer necessária uma verticalização acerca da compreensão das relações obrigacionais à luz dos valores constitucionais.

20 CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA explica que o Direito de Família se compõe, em sua seriação, relações pessoais e patrimoniais, cf. *Instituições de Direito Civil*, cit., p.33. No mesmo diapasão, MARIA BERENICE DIAS, por seu turno, preleciona que "em sede de Direito de Família é mister distinguir os direitos familiares pessoais dos direitos familiares patrimoniais", cf. *Manual de Direito das Famílias*, cit., p.34.

em relações somente obrigacionais[21].

Exemplos significativos da aplicação da boa-fé objetiva nas relações patrimoniais de família podem ser citados com a não comunhão dos bens adquiridos pelo casal depois da separação de fato, independentemente do que prevê o Código Civil (em seu art. 1.642, V)[22] e com a mitigação do caráter irrepetível dos alimentos. Nesse diapasão, inclusive, GIOVANNI ETTORE NANNI formula interessante exemplo da situação narrada, lembrando a hipótese da mulher divorciada que recebe pensão do ex-marido e oculta a constituição de uma nova entidade familiar. Nesse caso, não mais havendo necessidade de percepção dos alimentos, caracterizar-se-ia enriquecimento sem causa e sujeitaria o indevido beneficiário à repetição do que recebeu ilicitamente[23].

Não se olvide que o nível de confiança existente nas relações familiares é, particularmente, relevante para o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal daqueles que compõem a entidade familiar.

Assim, nas relações de família exige-se dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no(s) outro(s). É um verdadeiro *dever jurídico* de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também aqueloutras de conteúdo pessoal, existencial[24].

7. Aplicação do *venire contra factum proprium* e da *supressio* e *surrectio* no âmbito das relações familiares

Nas pegadas da aplicação da boa-fé objetiva no âmbito familiar, conclui-se, com clareza solar, a natural incidência de suas mais diversas feições no Direito das Famílias.

Assim, as figuras do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório) e da *supressio* e *surrectio* (que são variáveis da própria teoria do abuso do direito, como visto alhures, decorrendo da quebra da confiança esperada dentro de determinadas situações) devem ser reconhecidas no campo familiarista.

Acolhida, com tranqüilidade, em nosso sistema, *a vedação ao comportamento de forma contraditória*, ou seja, a vedação à *expectativa gerada no outro* nas relações jurídicas em geral (inclusive incidindo sobre nas relações privadas), nota LUIZ EDSON FACHIN que essa "revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico corresponde a uma alavanca para repensar o Direito Civil brasileiro contemporâneo e suas categorias jurídicas fundamentais" , deixando antever uma necessidade de (re)compreender os diversos institutos jurídicos civilistas (inclusive no âmbito familiarista) à luz da tutela da confiança[25].

Pois bem, sem a menor sombra de dúvidas, também no âmbito familiarista, tem guarida a proibição de comportamento contraditório.

Exemplo eloqüente disso é a proibição de que o cônjuge ou companheiro que, no momento da dissolução do casamento ou da união estável, renunciou ao direito de receber pensão alimentícia, constituindo vida autônoma e independente, possa, posteriormente, cobrá-los, surpreendendo o ex-parceiro[26]. Nessa senda, apesar do art. 1.707 do Código Civil afirmar que os alimentos são irrenunciáveis, não é possível cobrar a pensão alimentícia após ter se criado na outra parte a expectativa de que não teria a necessidade de pagá-los. Confere-se, pois, uma interpretação construtiva ao dispositivo legal em comento, em absoluta harmonia com a proibição de abuso do direito. Veja-se, a respeito, o que vem emanando da Corte Superior de Justiça: "Direito Civil e Processual Civil. Família. Separação judicial. Acordo homologado. Cláusula de renúncia a alimentos. Posterior ajuizamento de ação de alimentos por ex-cônjuge. *A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo*" (STJ, Ac.unân. 3ª T., REsp.701.902/SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j.15.9.05, DJU 3.10.05, p. 249). De fato, a tese merece aplausos, até porque, é certo, que o cônjuge, nesse caso, reestrutura a sua vida com a convicção de que não mais teria essa obrigação no futuro, programando os seus deveres financeiros de acordo com essa legítima expectativa. Obsta-se, pois, uma inesperada mudança de comportamento (proibição da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros[27]. Assim, caracterizaria um *comportamento contraditório* cobrar os alimentos depois de ter deles aberto mão.

Noutro quadrante, endossando a tese sustentada por ALDEMIRO REZENDE DANTAS JÚNIOR,[28] também é possível

21 GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral, cf. *Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva*, cit., p.229.

22 "A cônjuge-virago separada de fato do marido há muitos anos não faz jus aos bens por ele adquiridos posteriormente a tal afastamento, ainda que não desfeitos, oficialmente, os laços mediante separação judicial. Precedentes do STJ" (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 32.218/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJU 3.9.01, p. 224, in RT 796:200).

23 NANNI, Giovanni Ettori, cf. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 397.

24 Em sentido semelhante ao texto, os saudosos professores paranaenses JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA E FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ professavam que os direitos de família, por razões éticas e pelo caráter eminentemente pessoal da relação, exigem *"formas próprias de tutela, inteiramente distintas das que caracterizam a defesa dos direitos de crédito, dos direitos reais e dos próprios direitos da personalidade"*, cf. *Curso de Direito de Família,* cit., p.12-3.

25 FACHIN, Luiz Edson, cf. "O *aggiornamento* do Direito Civil brasileiro e a confiança negocial", cit., p.115-6.

26 Nessa esteira, vem reconhecendo o Superior Tribunal de Justiça: "Alimentos. Renúncia em pleito anterior. Tendo sido homologado acordo no qual a parte renunciou ao direito de alimentos, inadmissível seu ulterior comparecimento em juízo para pleiteá-los" (STJ, Ac. 3ª T., RO-HC11.690/DF, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, DJU 19.11.01).

27 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito das Famílias*, cit., p.514.

28 DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, cf. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, cit., pp. 302-3.

vislumbrar a caracterização do *venire contra factum proprium* na conduta do cônjuge que, após descobrir ter sido vítima de um adultério, perdoa o seu consorte e continua convivendo harmonicamente, mantendo a vida conjugal em comum. Nesse caso, a continuidade da vida afetiva cria no outro a justa e legítima expectativa de ocorrência de um verdadeiro *perdão tácito*, motivo pelo qual *não se lhe permitirá, posteriormente, ajuizar uma ação de separação, calcada na alegação de violação do dever de fidelidade*.

Outra reflexão permitirá inferir, também como exemplo da proibição de comportamento contraditório em sede familiarista, a conduta do cônjuge ou companheiro que, após anos a fio de convivência, dedicando irrestrito apoio material, inclusive custeando despesas supérfluas da outra parte, nega toda e qualquer proteção alimentícia quando da dissolução da convivência, apesar de saber que o outro não tem como se manter[29].

Não é despiciendo, ainda, fazer menção à caracterização do venire quando o devedor alega a impenhorabilidade de um bem de família após ter, voluntariamente, oferecido o bem à penhora, em processo de execução. Por isso, o Pretório gaúcho vem visualizando:

> "EMBARGOS À EXECUÇÃO. BENS ESSENCIAIS À ATIVIDADE LABORAL. IMPENHORABILIDADE. ANUÊNCIA DO SÓCIO. Evidenciada a concordância expressa do sócio-gerente com a penhora realizada, resta descaracteriza a proteção dada pela Lei nº 8.009/90, já que foi a própria empresa beneficiada quem ofereceu o bem em garantia, além do que se mostraria violado o princípio do *venire contra factum proprium*. Apelo desprovido."
> (TJ/RS, Ac.2ªCâm.Cív., ApCív. 70016547606 – comarca de Porto Alegre, rel. Des. João Armando Bezerra Campos, j. 21.11.07, DJRS 3.12.07)

Demais de tudo isso, admitindo a tese do *venire contra factum proprium* no âmbito familiarista, em precedente interessante, o Superior Tribunal de Justiça impediu a anulação de um contrato de venda de imóvel comum pelo cônjuge que, embora não tenha assinado a promessa de compra e venda, reconheceu e obteve vantagens decorrentes da venda celebrada pelo seu consorte, inclusive se defendendo de ação promovida contra o casal, na qualidade de proprietários, através de alegação de que já não mais lhe pertencia o bem. Em termos codificados, é possível afirmar que a Corte promoveu a conciliação do comando do art. 1.647 do Código Reale com a cláusula geral de abuso do direito do art. 187 do mesmo *Codex*. Veja-se:

> *"Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. 'Venire contra factum proprium'. Boa-fé. (...) A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denunciação de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios"*
> (STJ, Ac. 4ª T., REsp.95539/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j.3.9.96).[30-31]

Também merece referência a possibilidade de incidência da *supressio* e da *surrectio* nas relações familiares.

Com efeito, dúvida inexiste de que é perfeitamente possível reconhecer no Direito das Famílias hipóteses de *supressio* e de *surrectio*, consubstanciando casos de abuso do direito – o que torna desnecessária a discussão a respeito da concorrência de culpa (elemento subjetivo) para a prática da ilicitude.

De logo, vale lembrar a hipótese de um cônjuge que descobre, logo após o casamento, algum fato grave que desabona a honra e a boa fama de seu consorte, antes desconhecido – o que lhe faculta requerer a anulação de casamento, nos termos do art. 1.557 da Lei Civil. No entanto, ao invés de requerer a invalidação das núpcias, o consorte continua coabitando com o cônjuge, mesmo após a descoberta do fato. A referida hipótese "reflete de modo claro uma aplicação prática da *supressio* e, tivesse o legislador, por qualquer razão, deixado de fazer a ressalva que se encontra no art. 1.559, referente à coabitação, ainda assim o direito de obter a anulação do casamento não mais poderia ser exercido", em face da expectativa criada no outro[32].

A outro giro, também é possível reconhecer a incidência da *supressio* em situações jurídicas atinentes à pensão alimentícia. Bastaria imaginar a hipótese de um credor de alimentos (alimentando) que se mantém inerte por longo período de tempo, criando no devedor (alimentante) a expectativa de que não há execução porque não há necessidade fática de recebimento da pensão. Nesse caso, o comportamento reiterado do credor, omitindo-se de uma execução de alimentos (quando poderia fazê-lo), poderá caracterizar a *supressio*, caso não tenha sofrido, por evidente, algum embaraço impeditivo na propositura

29 Compartilhando o exemplo, FERNANDA PESSANHA DO AMARAL GURGEL antevê a caracterização do *venire*, também, na "situação daquele que mantém durante longo período laços de afetividade com o filho de sua esposa ou companheira, inclusive registrando-o voluntariamente como filho, e que, por ocasião do rompimento do relacionamento, nega a este o devido amparo afetivo e econômico, contrariando, dessa forma, a declaração espontânea de paternidade e a paternidade socioafetiva", cf. *Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva*, cit., p.150.

30 Em trecho do voto condutor, bem ponderou o ilustre relator: "para ter o comportamento da mulher como relevante, lembro a importância da doutrina sobre os atos próprios. O Direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente... Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior".

31 Com argumentação bastante parecida, o Tribunal de Justiça bandeirante já se manifestou no mesmo diapasão: "alienação de coisa comum. Promessa de doação não foi feita por mera liberalidade, mas como condição/cláusula do acordo que possibilitou a separação do casal. Homologação judicial. Negócio jurídico perfeito, não podendo, em conseqüência, ser alterado unilateralmente. Honorários advocatícios e multa por litigância de má-fé mantidos nos termos da r. sentença proferida." (TJ/SP, ApCív. 434.304-4/2, rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, DJSP 27.7.07).

32 DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, cf. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, cit., p. 396.

da demanda. Já há, inclusive, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, abraçando o cabimento da tese em tais circunstâncias:

> "Ação de alimentos. Ausência de relação obrigacional pelo comportamento continuado no tempo. Criação de direito subjetivo que contraria frontalmente a regra da boa-fé objetiva. *Supressio*. Extinção material do vínculo de mútua assistência.
> (...)
> Em atenção à boa-fé objetiva, o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de oito anos, permitiu com sua conduta a criação de uma legítima expectativa – no devedor e na efetividade social – de que não haveria mais pagamento e cobrança.
> A inércia do credor em exercer seu direito subjetivo de crédito por tão longo tempo, e a conseqüente expectativa que esse comportamento gera no devedor, em interpretação conforme a boa-fé objetiva, leva ao desaparecimento do direito com base no instituto da *supressio*. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais..."
> (TJ/RS, Ac.unân. 8ªCâm.Cív., ApCív. 70026907352 – comarca de Cruz Alta, rel. Des. Rui Portanova, j. 4.12.08)

E a recíproca é verdadeira. Caso, em situação contrária, o devedor de alimentos (o alimentante), apesar de ter sido exonerado judicialmente do dever de prestar, resolve, por conta própria, *sponte sua*, manter o pensionamento, reiterada e sistematicamente, poderá estar criando no beneficiário uma expectativa, que pode se apresentar digna de proteção jurídica, por conta desse comportamento[33].

Porém, uma advertência se impõe no tocante à proteção jurídica do valor confiança no âmbito das relações familiares: a simples ausência de afeto ou mesmo a cessação de um afeto longamente nutrido, fio condutor de uma estrutura familiar que sem ele ameaça desmoronar, jamais poderá resvalar em comportamento contraditório reprimido pelo direito. Do mesmo modo, pode-se dizer que o desamor, de *per si*, por mais doloroso que possa ser, inadmite enquadramento como abuso de direito nas modalidades *supresssio* e *surrectio*.

O ponto fulcral desse entendimento é o fato de que, na seara do *dar* e do *receber afeto*- cujo lócus situa-se na psique humana- a inconstância do sentimento e a influência que o tempo e que fatores cotidianos podem ter no abalo das relações afetivas são elementos que impedem (ou que deveriam impedir) a cristalização de expectativas mais robustas de permanência. É da índole das vivências amorosas a possibilidade da ruptura, do abandono, da partida.

E mais do que isso. O trânsito nas sendas do afeto é albergado pela Lei Maior, que protege a liberdade como valor fundamental, necessário e indispensável para a preservação da basilar dignidade da pessoa humana. O indivíduo é livre para amar e ser amado, na proporção do que cada um pode, quer e consegue doar de si mesmo.

O rompimento amoroso, sem resquícios de dúvida, sepulta sonhos de futuro, destrói ilusões cultivadas com esmero e magoa quem é deixado, quando tudo que se desejava era permanecer unido. Como belamente desfiou a pena de CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE, um de nossos poetas maiores: *"tenho razão para sentir saudade de ti, de nossa convivência em falas camaradas, simples apertar de mãos, nem isso, voz modulando sílabas conhecidas e banais que eram sempre certeza e segurança./Sim, tenho saudades, Sim, acuso-te porque fizeste o não previsto nas leis da amizade e da natureza, nem nos deixaste sequer o direito de indagar, porque o fizeste, porque te foste."*

Entrementes, não é nos tribunais que se resolverá a dor e a desilusão que o fim do amor deixa como amarga herança. E, bem por isso, LUCIANO CHAVES DE FARIAS pontua que ' "Destarte, a falta de amor e de afeto são motivos mais do que justos e suficientes para o rompimento de um relacionamento. Não é razoável, nem harmônico, com a concepção moderna e constitucional da família querer o Estado-Juiz penalizar alguém pelo fim do afeto, pelo desamor... O Judiciário não deve (e nem pode) querer obrigar alguém a amar ou manter um relacionamento afetivo[34].

8. O *duty to mitigate* the loss e a violação positiva do contrato nas relações de família

Desdobramento natural da teoria do abuso do direito (e, via de conseqüência, alicerçado na boa-fé objetiva), o *duty to mitigate the loss* tem induvidosa aplicação nas relações familiares, como não poderia ser diferente.

Com efeito, se as relações de família devem se pautar pela confiança imperativamente imposta pela boa-fé objetiva, não se pode duvidar que reclamam, por igual, um comportamento ético e probo do credor, evitando condutas e comportamentos que, direta ou indiretamente, ampliem o prejuízo do devedor.

Naturalmente, aqui também se dispensa a perquirição do elemento subjetivo, sendo suficiente a violação da confiança, independentemente de qualquer ânimo.

Hipótese consistente e vigorosa de incidência do *duty to mitigate the loss* no âmbito do Direito das Famílias vem do conteúdo da Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que o credor de alimentos somente pode obter a prisão civil do devedor de alimentos pela dívida dos últimos três meses vencidos (além, é óbvio, das parcelas vincendas dentro da relação jurídica processual), apesar de ter direito à

33 Não por outro motivo, a Corte de Justiça sulriograndense já teve oportunidade de afirmar: "Apelação. Alimentos. Exoneração. (...) Repetição sistemática e continuada de um comportamento. *Surrectio*. (...) O apelado, mesmo com decisão judicial favorável a desonerá-lo da pensão alimentícia paga ao apelante, continuou a pagar-lhe pensão por largo período de tempo. E, se a despeito da decisão judicial, continuou a pagar alimentos, surge uma nova obrigação alimentar, diversa da anterior. A repetição sistemática e continuada de um determinado comportamento cria direito, consubstanciado na expectativa de que esse comportamento, pelo menos, continuará se repetindo. É a surrectio.." (TJ/RS, Ac.8ªCâm.Cív., ApCív.70009037631, rel. Des. Rui Portanova, j.12.8.04).

34 FARIAS, Luciano Chaves de, cf. "Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações matrimoniais", cit., p.19.

execução dos últimos dois anos[35]. É clara hipótese de violação do dever imposto ao credor de mitigar os danos impostos a si e, igualmente, ao devedor. Sem dúvida, considerando que os alimentos possuem natureza de manutenção, se o credor deixou somar um volume considerável de parcelas é porque não precisava tanto da pensão e, por conseguinte, seria abusivo permitir o uso de um mecanismo tão excepcional e odioso, como é a prisão civil, com finalidade coativa. Aqui, de qualquer modo, vale o registro de que, não havendo qualquer atentado à boa-fé na conduta do credor (quando, por exemplo, deixa de executar os alimentos por impossibilidade absoluta, como na hipótese do credor em cuja cidade não há Defensoria Pública nem representação titular do Ministério Público), já não mais se justifica a limitação imposta pelo entendimento sumulado, porque afastada a violação da boa-fé objetiva.

Também será caso de abuso do direito por violação do duty to mitigate the loss a situação de inércia do autor de uma ação que obtém do juiz uma tutela antecipatória, fixando multa diária para o devedor (astreintes), deixando assomar um volume considerável de parcelas. Bastaria lembrar a possibilidade de uma tutela antecipada para transferência de bem imóvel para o ex-cônjuge ou ex-companheira, fixando R$1.000,00 (um mil reais) de multa diária e o autor da ação espera um ano, ou mais, para requerer a execução, o que implicará em uma soma volumosa, prejudicando, reflexamente, o devedor. Nessa situação, poderá o juiz limitar o valor da execução, reconhecendo a abusividade do exercício do direito pelo credor[36]. Por lógico, não se perdoará o descumprimento da obrigação pelo devedor, apenas estabelecendo o magistrado limites éticos para o exercício do direito[37]. O direito (no exemplo, à adjudicação compulsória) pode ser exercido, apenas sendo limitada a execução da multa.

De outra banda, a violação positiva de contrato é, por igual, plenamente admitida nas relações negociais de família.

É que a violação positiva do crédito é admissível, concretamente, entre todo e qualquer modo de inexecução do contrato, nos mais diversos âmbitos da ciência jurídica. Em alguns casos, autoriza o pedido de resolução do contrato, apresentando-se como especial modalidade de inadimplemento negocial, e, noutros, implicará em indenização por perdas e danos[38].

Na violação positiva do contrato, detecta-se que o adimplemento se deu de forma ruim, insatisfatória, ofendendo deveres instrumentais diretamente vinculados à realização da prestação[39], sejam eles, deveres de proteção, de colaboração ou ambos. Destarte, inserem-se dentre os deveres laterais, "o dever de não destruir o patrimônio da outra parte com a execução do contrato, ou o de não informar as eventuais conseqüências danosas do mau uso da máquina instalada, ou o de instalar a máquina de modo a melhor atender os interesses do adquirente"[40].

Bem por isso, é possível antever a incidência do instituto na celebração de um contrato de convivência ou mesmo de um pacto antenupcial, instalando um regime de comunhão (universal ou alguma comunhão diferenciada, decorrente da vontade das partes), com sonegação de bens já pertencentes a um deles.

9. Notas Conclusivas

O avanço científico e sociológico pelo qual passa a família do novo milênio, bem como o esforço de afirmação dos valores constitucionais acatados pela Carta-cidadã de 1988, justificam a adoção da *confiança* como valor jurídico, determinante de toda e qualquer relação jurídica, inclusive no âmbito do Direito Privado – que também se encontra subsumido à legalidade constitucional (especialmente às garantias individuais e sociais,

35 Súmula 309, STJ: *"o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo."*

36 Com idêntica fundamentação e conclusão, FREDIE DIDIER JÚNIOR, LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA sustentam que "ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica em perda do direito ao valor da multa, respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso do direito", cf. *Curso de Direito Processual Civil,* cit., p.460.

37 O Superior Tribunal de Justiça é pacífico ao reconhecer essa possibilidade de redução da multa diária, louvando-se, a toda evidência, na tese do *duty to mitigate the loss*: "1. Esta Corte Superior já se firmou entendimento quanto à *possibilidade de ser reduzido o valor de multa diária em razão de descumprimento de decisão judicial quando aquela se mostrar exorbitante.* Precedentes. 2. Não se pode utilizar o processo com fins de se obter pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante. 3. Ao firmar a conclusão de que afigura-se totalmente desproporcional e exorbitante o valor anteriormente fixado, revelando-se caracterizador de enriquecimento ilícito, uma vez que a multa diária cominada visava apenas a compelir a recorrida a dar cumprimento à decisão judicial, devendo ser adequada, suficiente e compatível com a obrigação principal, o Tribunal recorrido tomou em consideração os elementos fáticos carreados aos autos." (STJ, Ac.unân.4ªT., AgRgAg1075142/RJ, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j.4.6.09, DJU 22.6.09)

38 A jurisprudência já acata esse entendimento: "em matéria de responsabilidade contratual, que compreende as hipóteses de mora, *violação positiva do contrato*, inadimplemento contratual, vícios ocultos, a concessão de danos morais somente deve ser deferida em casos excepcionais, quando presentes circunstâncias que indiquem violação de direitos da personalidade, ofensa à dignidade da pessoa humana, grave desconsideração para com a pessoa do outro contratante, ou ainda situações recorrentes (litígios de massa), 'a sugerir a invocação da função dissuasória da responsabilidade civil' (Ementa extraída do proc.7100633479, j. 19.4.05, sendo Relator Dr. Eugênio Facchini Neto, 3ª Turma Recursal Cível)." (2ª Turma Recursal Cível do TJ/RS, Recurso Cível Nº 71001295351 – comarca de Espumoso, rel. Juiz Clovis Moacyr Mattana Ramos, j. 17.10.07)

39 A respeito, veja-se: "RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. INFRAÇÃO A DEVER INSTRUMENTAL DE INFORMAÇÃO, DERIVADO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. VIOLAÇÃO POSITIVA DE CONTRATO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA, COM REDUÇÃO APENAS QUANTO AO VALOR DA INDENIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (3ªTurma Recursal Cível do TJ/RS, Recurso Cível Nº 71000603332 – comarca de Capão da Canoa, rel. Juiz Eugênio Facchini Neto, j. 14.12.04)

40 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, cf. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit., p. 89

elevadas à altitude de cláusula pétrea).

No particular do Direito de Família a confiança incide tanto sobre as relações patrimoniais, como sobre as relações existências, adquirindo diferentes feições a depender da sua materialização.

Em sede de relações patrimoniais, a confiança ganha a forma da *boa-fé objetiva*, com suas diferentes funções, pautando todo e qualquer efeito econômico da relação familiar por um conteúdo ético, naturalmente esperado das partes de uma relação jurídica, obstando o enriquecimento sem causa e a frustração das expectativas alheias.

Por outro turno, no âmbito existencial a confiança toma os contornos do *afeto*, marcando todas as relações familiares e justificando uma preocupação fundamental com a preservação da dignidade dos componentes de cada núcleo.

Porém, não se deve olvidar que, embora a teoria dos atos próprios encontre largo campo de atuação no peculiar tecido de que se compõem os arranjos familiares, ela não pode servir de embasamento para a violação do constitucional exercício da liberdade afetiva. A inexistência ou a interrupção do afeto não tem o potencial de inscrever como contraditório o comportamento do agente que rompe a relação amorosa, nem de gerar a supressão do seu direito de fazê-lo. Como se disse, em passagem poética, *"não imagine que te quero mal; apenas não te quero mais..."*.

De um jeito ou de outro, o certo é que a confiança altera a essência da relação jurídica familiar, exigindo uma postura mais aberta e contemporânea, essencial para a descoberta de suas possibilidades e limites. Tudo isso porque, em última análise, o reconhecimento da confiança nada mais significa, senão a busca incessante da efetivação das garantias e valores (humanistas) constitucionais no campo privado da família, demonstrando o compromisso da Lei Maior com um ideal de cidadania.

10. Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *"A boa-fé na relação de consumo"*, in *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, vol. 14, abr./jun. de 1995.

CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do direito*, Curitiba: Juruá, 2001.

CARVALHO NETO, Inácio; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, Curitiba: Juruá, 2002, vol. I.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, Curitiba: Juruá, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil,* Salvador: JusPODIVM, 2009, vol.5.

FACHIN, Luiz Edson. *"O aggiornamento do Direito Civil brasileiro e a confiança negocial"*. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil:* Teoria Geral, 8ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Direito das Obrigações,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

_____. *Direito das Famílias,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Luciano Chaves de. *Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações matrimoniais.* Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, PortoAlegre: Magister/IBDFAM, n. 2, fev./mar. 2008

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor:* Código Comentado e jurisprudência. 5ªed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil,* Rio de Janeiro: Forense, 1983

_____. *Introdução ao Direito Civil,* 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva,* Curitiba: Juruá, 2009.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa,* São Paulo: Saraiva, 2004

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato,* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família,* Curitiba: Juruá, 2aed., 1998

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil,* Rio de Janeiro: Forense, 14aed., 2004, vol. V

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família,* Belo Horizonte: Del Rey, 2006

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil,* São Paulo: Saraiva, 2005

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório:* tutela da confiança e venire contra factum proprium, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato,* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VIEIRA, Marcus André. *A ética da paixão:* uma teoria psicanalítica do afeto, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001

VILLELA, João Batista. *"As novas relações de família"*, In XV Conferência da OAB – Anais, Foz do Iguaçu: OAB, 1994

PARECER JURÍDICO

Hugo de Brito Machado[1]
Hugo de Brito Machado Segundo[2]

TRIBUTÁRIO. IPTU. MERO REAJUSTE DE VALORES CONSTANTES DE PLANTA PREVIAMENTE PUBLICADA. REPUBLICAÇÃO. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA.

Através de ação direta de inconstitucionalidade se realiza o controle abstrato da constitucionalidade do texto legal ou de sua interpretação, aferindo-se a compatibilidade entre a Constituição e a norma impugnada, no plano da hipoteticidade. Seu emprego é inadequado para discutir invalidade que se imputa ao ato concreto de aplicação da lei.

A planta genérica de valores é instrumento através do qual os Municípios simplificam o procedimento de cálculo do IPTU, dispensando a avaliação específica e individual de todos os imóveis a serem tributados. Cria, contudo, presunção relativa, sendo sempre possível ao contribuinte questionar o valor em face dela atribuído ao seu imóvel e pedir avaliação individual.

Conforme entende o STF, é necessária a publicação, como anexo da lei disciplinadora do imposto, da planta genérica. Mero reajuste de valores, contudo, não exige sua republicação. Deve, tão-somente, ser determinado em lei, caso se dê em percentuais que superem a inflação verificada no período.

Não há violação à isonomia, à razoabilidade ou à proporcionalidade pelo fato de o reajuste haver sido determinado em percentuais impropriamente chamados "lineares", pois as bases reajustadas já eram distintas, e estão sujeitas ao concurso de outras variáveis para que se chegue ao valor de cada imóvel.

Eventual distorção na determinação do valor venal de algum imóvel, se verificada in concreto, poderá ser corrigida pela autoridade mediante simples requerimento do contribuinte interessado, não sendo o controle abstrato da constitucionalidade das leis instrumento adequado à sua discussão.

C O N S U L T A

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, por seu Ilustre Procurador Geral, o **Dr. Martônio Mont´Alverne Barreto Lima**, consulta-nos a respeito de questões ligadas ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, narrando o seguinte:

1. Para minimizar evidente diferença verificada entre o valor venal dos imóveis urbanos no Município de Fortaleza e aquele utilizado para fins de cálculo do IPTU, o Consulente editou a Lei Complementar Municipal 73/2009, que procedeu a reajuste de 25%, 27,5% e 30% nos valores dos anexos I e II da Lei 8.703/2003.

2. Apesar de publicada no exercício financeiro de 2009, a aplicação da lei a fatos ocorridos no ano de 2010 está sendo questionada pelo Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis, e dos Edifícios em Condomínios Residenciais e Comerciais do Estado do Ceará – SECOVI/CE e pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/CE. Tais entidades promoveram ações diretas de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nas quais alegam, em síntese:

2.1. Violação aos princípios da publicidade e da legalidade, pois a Lei Complementar municipal 73/2009, que veiculou os reajustes, não foi acompanhada da republicação dos anexos da Lei 8.703/2003, por ela reajustados.

2.2. Malferimento ao princípio da isonomia, em virtude da "linearidade" do aumento, o qual não teria considerado as particularidades de cada imóvel, bairro, região etc.

2.3. Desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois a medida correta teria sido instituir comissão técnica para reavaliar todos os imóveis da cidade, realizando profunda revisão na Planta de Valores.

2.4. Contrariedade ao art. 202, I, da Constituição Estadual, pois estaria havendo a incidência do IPTU sobre grandeza diversa da representada pela propriedade predial e territorial urbana (valor venal do imóvel).

3. Diante disso, o Consulente pede a nossa manifestação sobre as seguintes questões:

3.1. É cabível a discussão dos aspectos suscitados pelo SECOVI/CE e pela OAB/CE em sede de controle abstrato de constitucionalidade?

3.2. O reajuste de valores constantes de anexos da Lei 8.703/2003 exigiria, para produção de efeitos jurídicos no ano de 2010, a republicação dos tais anexos?

3.3. O reajuste em questão contraria os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia?

3.4. Houve violação, ainda, aos princípios da publicidade e da legalidade?

3.5. Em face do reajuste, é correto dizer-se que o IPTU está incidindo sobre valor diverso daquele representado pela propriedade imobiliária urbana, contrariando assim o art. 202, I, da Constituição Estadual?

1 Contabilista, Advogado, Especialista em Direito Tributário, Conferencista, Consultor e Parecerista e professor de Direito Tributário nos Cursos de Especialização e de Mestrado na Universidade Federal do Ceará (UFC)

2 Mestre e Doutor em Direito. Professor da pós-graduação em Processo Tributário da Universidade de Fortaleza Professor de Direito Tributário da Faculdade Christus. Membro do ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários. Advogado.

3.6. Os pedidos formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade movidas pela OAB/CE e pelo SECOVI/CE são procedentes?

Examinamos a documentação que nos foi trazida pelo Consulente, especialmente a inicial das ADIs em referência, a Lei 8.703/2003 e a Lei Complementar municipal 73/2009, revisitamos a legislação, a doutrina e a jurisprudência pertinentes à matéria e passamos a emitir o nosso

P A R E C E R

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Essencialmente, a questão suscitada pelo Consulente reside em saber se é válido o reajuste dos valores constantes dos anexos da Lei 8.703/2003, levado a efeito pela Lei Complementar municipal 73/2009. Esse é o mérito das ADIs propostas pela OAB/CE e pelo SECOVI/CE, sendo relevante, para seu deslinde, determinar:

(i) qual deve ser, à luz da Constituição, a base de cálculo do IPTU; e

(ii) quais critérios devem ser observados na feitura e na atualização das chamadas "Plantas de Valores" usadas na determinação da base de cálculo desse imposto *in concreto*.

Antes de tratar do tema diretamente, porém, é conveniente aferir a adequação do instrumento utilizado para o seu questionamento judicial. Por isso, o presente estudo será dividido em duas partes. Na primeira, aderindo à teoria da asserção e considerando as alegações feitas pelos autores de tais ações como se procedentes fossem, será examinado o seu cabimento, ou, melhor dizendo, o preenchimento das condições para que se tenha um pronunciamento judicial de mérito. Na segunda, para viabilizar uma resposta aos demais aspectos suscitados pelo Consulente, será examinado o que foi invocado pela OAB/CE e pelo SECOVI/CE como fundamento jurídico para os pedidos que formularam.

2. O OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

2.1. Ação direta de inconstitucionalidade e controle abstrato da constitucionalidade

Como se sabe, a ação direta de inconstitucionalidade é instrumento através do qual se procede ao chamado controle concentrado de constitucionalidade das leis. Essa modalidade de controle, quando provocada por ADI, é também conhecida como *abstrata*, pois nela a aferição da validade do ato normativo impugnado, além de ser feita por apenas um órgão jurisdicional, se dá no plano da abstração, ou da hipoteticidade. Essa é a diferença substancial, aliás, entre as duas formas de controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Pelo controle difuso, concreto ou incidental, todos os órgãos do Poder Judiciário podem, no exercício da função jurisdicional clássica ou tradicional, apreciar a validade das normas pertinentes à composição de uma lide. Daí dizer-se *concreto,* porque feito sempre à luz de situação fática concreta, discutindo-se, em verdade, a aplicação ou a incidência da norma impugnada à lide. Diversamente, o controle concentrado se caracteriza pela inexistência de uma situação concreta a ser apreciada[3]. O exame feito é da compatibilidade entre a lei e a Constituição, no plano da hipoteticidade, ou da abstração jurídica. Discute-se a lei em tese, e não sua aplicação.

Em termos mais próximos à teoria geral do direito, pode-se dizer que no controle concreto questionam-se direitos subjetivos, oriundos da incidência de normas sobre fatos, sendo o exame da constitucionalidade feito quando da análise das normas que teriam (ou não) incidido sobre a situação deduzida em juízo. Já no controle abstrato, feito em sede de ADI, discute-se o direito objetivo, em tese, vale dizer, o próprio conjunto de normas em si mesmo considerado, independentemente de uma situação concreta sobre a qual tenha incidido ou à qual esteja sendo aplicado. Isso explica o fato de ser restrito o rol dos legitimados à sua interposição, restrição esta que em nenhum momento poderia ser considerada como violadora do direito de amplo acesso ao Judiciário, resguardado pelo art. 5.º, XXXV, da CF/88; não é da lesão ou da ameaça a um direito subjetivo que se cogita.

Assim, para que seja cabível uma ADI, além da legitimidade de seu autor, é preciso que a compatibilidade ou a incompatibilidade da norma por ele impugnada possa ser aferida em tese, vale dizer, independentemente de qualquer ato concreto de aplicação.

Imagine-se, por exemplo, que a União edita lei aumentando determinado tributo, em abril de 2010, e em um de seus artigos estabelece que esse aumento será devido em função de fatos ocorridos já a partir de maio de 2010. Caso se promova uma ADI, alegando violação ao princípio da anterioridade (CF/88, art. 150, III, "b" e "c"), esta será cabível, pois será possível aferir, em tese, se tais artigos foram, ou não, violados. Se o tributo majorado estiver entre as exceções previstas no parágrafo primeiro do mencionado artigo da Constituição Federal, o dispositivo que determina sua vigência imediata será constitucional. Se não estiver, aplicando-se-lhe a regra geral da anterioridade, tal artigo será inconstitucional. O julgamento poderá ser feito pelo STF independentemente do exame da qualquer fato ou situação concreta, sendo suficiente a análise comparativa do texto das normas de cuja compatibilidade se cogita.

3 Exceção seja feita, apenas, em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), instrumento de controle concentrado de constitucionalidade no qual pode ser feita, excepcionalmente, análise de situação concreta. Tem-se, nela, modalidade de controle concentrado que, embora em regra abstrato, pode excepcionalmente ser concreto. Seu exame, contudo, é impertinente para os propósitos deste parecer, sendo certo que as demais formas de controle concentrado (feitas em sede de ADI ou ADC) são necessariamente abstratas.

Suponha-se, porém, situação um pouco diferente. A União edita lei que aumenta determinado tributo em abril de 2010, *mas que nada dispõe sobre o início de sua vigência.* Essa lei, em tese, não é inconstitucional. Não se pode dizer que qualquer de seus artigos seja contrário a qualquer artigo da Constituição. Não obstante, se a Receita Federal começa a aplicar a lei de forma imediata, a fatos ocorridos em maio de 2010, algo que a própria lei não autoriza, *será o ato concreto de aplicação* da lei que poderá representar uma violação ao texto constitucional. Tal ato poderá ser objeto de controle judicial, evidentemente, mas não através de ADI.

2.2. Objeto da impugnação das ADIs promovidas pelo SECOVI/CE e pela OAB/CE

Os autores das ADIs que examinamos certamente conhecem os conceitos básicos que no item anterior foram relembrados. Por isso mesmo, dizem estar atacando a invalidade da Lei Complementar municipal 73/2009 no plano da abstração. Exame atento das iniciais, porém, não permite que se encontre sequer a alegação de qualquer invalidade que possa ser *imputada,* em tese, à mencionada lei complementar municipal. Na verdade, nas iniciais até se faz alusão a alguns de seus artigos, mas estes seriam inválidos, na compreensão dos autores das ADIs, porque, em suma:

(i) desacompanhados da publicação dos anexos;

(ii) conduziriam ao estabelecimento de valores que em alguns casos poderiam ser maiores, e em outros menores, que os valores reais dos imóveis.

Embora diversas tenham sido as inconstitucionalidades alegadas pelos autores, todas elas seriam originadas dos dois aspectos acima resenhados. Do primeiro decorreria a violação à legalidade e à publicidade. Do segundo, o malferimento à isonomia, à razoabilidade, à proporcionalidade e ao art. 202, I, da Constituição Estadual.

O mérito de tais argumentos será examinado na segunda parte deste parecer, nos itens 3 e 4, *infra*. Por ora, aplicando a teoria da asserção, é o caso de aceitá-los apenas para o efeito de verificar a presença das condições da ação, vale dizer, a presença dos requisitos necessários a um pronunciamento quanto ao mérito das ADIs.

Quanto à falta da republicação dos anexos, parece claro que ela não torna os artigos da lei inconstitucionais. Quando muito, a *aplicação da lei*, pelo Município, enquanto não publicados os anexos, seria inconstitucional.

É preciso não confundir, nesse ponto, *validade* e *vigência*.

Mesmo aceitando os argumentos desenvolvidos no sentido de que a republicação seria necessária, ter-se-ia, no caso, uma condição para a existência da lei, ou para a sua vigência. A depender da corrente doutrinária adotada, uma lei não publicada ou *não existe*, ou, mesmo existindo, *não pode vigorar.* Não se pode afirmar por isso, contudo, a sua invalidade. São planos diferentes[4]. A invalidade pressupõe a existência, não se confunde com a vigência e nem decorre da falta dela.

Se a lei não existe enquanto tal, porque não foi publicada, ela não está inserida no ordenamento jurídico e, nessa condição, sequer poderia ser impugnada através de ADI. Se, por outro lado, a lei existe mas, por alguma razão, não está ainda em vigor, isso não quer dizer que ela não seja válida. Afinal, pode-se ter uma lei cujos artigos estão, todos, em perfeita sintonia com a Constituição, mas cuja não-publicação (ou eventual *vacatio legis*) apenas impede que produzam efeitos.

Na verdade, é nesse ponto, na produção dos efeitos, que reside a inconformidade da OAB/CE, que não ataca a lei, mas a sua aplicação pelo Município de Fortaleza. Realmente, na ADI se alega, em suma, que a lei, por não ter sido publicada, *não poderia estar sendo aplicada pelo Município*. Seria inconstitucional o ato administrativo e concreto de aplicação de uma lei inexistente ou não-vigente, e não a lei em si mesma.

Quanto às invalidades que decorreriam do aspecto acima resenhado como *(ii)*, vale dizer, de que a lei impugnada conduziria ao estabelecimento de valores que em alguns casos poderiam ser maiores, e em outros menores, que os valores reais dos imóveis, tem-se de forma até mais clara o questionamento do ato concreto de aplicação da lei, e não de sua validade em tese.

A OAB/CE, neste ponto, chega a admitir que os valores da planta genérica estão realmente defasados. Admite que devem ser corrigidos. Mas afirma que essa correção deveria ter sido feita com base nos estudos de uma comissão técnica, argumento também utilizado pelo SECOVI/CE.

A falta de tal trabalho técnico, no dizer de ambos, conduziu a um reajuste da planta que, em alguns casos, *poderá* levar ao estabelecimento de uma base de cálculo superior ao valor real de um ou outro imóvel. O SECOVI/CE afirma que "a correta revisão da planta importaria na redução de alguns imóveis", de forma vaga e imprecisa, sem indicar quais, e em clara alusão ao fato de que a invalidade alegada, se existente, residiria na determinação do valor de certos imóveis *in concreto*, e não na lei, em tese. Tanto que, para determiná-la, seria necessário comparar os valores constantes da planta e aqueles verificados no mercado, análise claramente factual e concreta, inteiramente imprópria e descabida em sede de ADI. Aliás, o fato de os argumentos aduzidos pelos autores terem a sua procedência dependendo do esclarecimento de aspectos fático-probatórios revela o inteiro descabimento do uso de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Além disso, existe um dado de grande relevo, que será reexaminado mais adiante, mas cujo trato é relevante também aqui. É que a planta de valores, por definição, é critério aproximado de determinação da base de cálculo do IPTU. Sua finalidade é, em atenção ao princípio constitucional da eficiência

4 Sobre os planos da existência, da validade e da eficácia, que preferimos, em relação às leis, designar pelo termo vigência, confira-se: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1, p. XX.

(CF/88, art. 37, *caput*), tornar viável o lançamento do tributo nas grandes cidades. O valor proveniente de sua aplicação, por isso mesmo, não é definitivo, conduzindo apenas a uma presunção relativa. O contribuinte pode requerer, a qualquer tempo, avaliação individual de seu imóvel, a qual, se apurar quantia inferior à da planta, ensejará a pronta retificação do lançamento. Desse modo, com mais razão ainda se pode dizer que discrepância entre o valor utilizado para o cálculo do IPTU e o valor venal do imóvel de um ou outro contribuinte, além de eventual (e inerente ao uso de tais plantas, necessárias e aceitas pelo STF), deve ser equacionada no âmbito do controle individual dos atos administrativos, e não no plano do controle abstrato da constitucionalidade das leis.

Não nos parece, por tudo isso, que tais ADIs sejam cabíveis. Mesmo assim, para responder aos demais questionamentos feitos pelo Consulente, nos itens seguintes se examinam as questões relacionadas ao mérito da controvérsia.

3. AS PLANTAS GENÉRICAS DE VALORES

3.1. A finalidade de uma "planta genérica"

De acordo com a Constituição Federal, que nesse ponto é simplesmente reproduzida pela Constituição do Estado do Ceará, compete aos Municípios a instituição de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (CF/88, art. 156, I). Tem-se aí o "âmbito constitucional de incidência" do imposto, vale dizer, a delimitação dos fatos que o legislador municipal pode validamente, no exercício de sua competência, colher como "geradores" da obrigação de pagar o IPTU.

Sabe-se também que a *base de cálculo* de um tributo deve ser, sob pena de desnaturação deste, o aspecto dimensível de seu fato gerador. Aliás, diz-se que a base de cálculo, ou *base imponível,* nada mais é que "uma perspectiva dimensível do aspecto material da h.i. que a lei qualifica, com a finalidade de fixar critério para a determinação, em cada obrigação tributária concreta, do *quantum debeatur.*[5]" . Nas palavras de Alfredo Augusto Becker, a base de cálculo de um tributo é a parcela nuclear de sua hipótese de incidência, a partir da qual, transformada em cifra[6] e submetida à aplicação da alíquota, obtém-se o montante do tributo devido[7]. Não é logicamente possível, portanto, haver discrepância entre tais elementos[8].

Assim, se o tributo, por imposição constitucional, somente pode incidir sobre a propriedade de um imóvel urbano, sua base de cálculo não pode ser algo diverso do valor desse imóvel. Caso se eleja base de cálculo diversa (*v.g.*, o valor dos veículos do proprietário do imóvel), ter-se-á uma transformação do imposto, que deixará de incidir sobre a propriedade de imóveis, e passará a incidir sobre a propriedade de veículos. Tanto que, no exemplo imaginado, se o dono do imóvel nenhum veículo possuir, nenhum IPTU seria devido, por falta de uma base sobre a qual pudesse ser calculado.

Diante desse contexto, não é difícil perceber que a base colhida pelo legislador municipal para o cálculo do IPTU não pode ser algo diverso do valor venal do imóvel cuja propriedade serve de fato gerador à respectiva obrigação, cabendo a ela, no âmbito da atividade de lançamento, determiná-lo (CTN, art. 142).

Entretanto, nas grandes metrópoles dos dias atuais, seria inviável que a autoridade lançadora avaliasse de forma individual todos os imóveis a serem tributados, a fim de encontrar o seu valor venal e, sobre ele, aplicar a alíquota correspondente. Daí a possibilidade, exigida em face do princípio constitucional da eficiência e plenamente admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de se recorrerem a plantas genéricas de valores, nas quais se prevêem critérios aproximativos (valor do metro quadrado por região, valor da depreciação pela idade da construção etc.) para a determinação "massificada" do valor de cada imóvel.

O uso de tais plantas de valores, como é evidente, não conduz a uma avaliação individualizada, que leve em consideração as peculiaridades de cada imóvel e que, nessa condição, apure com precisão o seu valor venal (CTN, art. 33), assim entendido aquele que o imóvel pode alcançar no mercado, em condições normais[9]. Entretanto, não decorre daí nenhuma inconstitucionalidade, pois eventual discrepância entre o valor obtido com o uso da planta e o valor venal do imóvel pode ser corrigida, com a prevalência deste sobre aquele, mediante avaliação específica e individual do imóvel, feita a requerimento do contribuinte. Conciliam-se, com essa possibilidade de ajuste em cada caso, à luz da realidade concreta, os princípios da eficiência e da legalidade.

3.2. Presunção relativa e contraditório

Com efeito, frise-se, a planta genérica de valores conduz o intérprete a uma base de cálculo estimada, que pode eventualmente não corresponder ao valor venal do imóvel a ser tributado. Essa, aliás, é uma possibilidade natural e inerente ao

5 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108.

6 Muitos autores, a propósito, denominam "núcleo do fato gerador', ou "elemento nuclear do fato gerador", essa realidade a que Becker chama de "base de cálculo", preferindo usar essa última denominação para o produto de sua transformação em cifra. Seja como for, o importante é perceber a estreita relação que deve haver entre a hipótese de incidência do tributo e a sua base de cálculo. Para uma explicação a respeito do uso do termo "base de cálculo" por Alfredo Augusto Becker, confira-se ROCHA, Valdir de Oliveira. *Determinação do montante do tributo.* São Paulo: Dialética, 1995, p. 116.

7 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário.* 3.ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 329.

8 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário.* 3.ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 373. No mesmo sentido: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Determinação do montante do tributo.* São Paulo: Dialética, 1995, 109; CARVALHO, Paulo de Barros. "A definição da base de cálculo como proteção constitucional do contribuinte". In: ASOREY, Rubén O. (Dir.). *Protección constitucional de los contribuyentes.* Madri/Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 69.

9 MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional.* São Paulo: Atlas, 2003. v. 1, p. 377.

uso de tais plantas genéricas, sendo certo que a única forma de afastá-la seria avaliando individualmente cada imóvel, algo que, porque impraticável nos tempos atuais, é precisamente o que com o uso das plantas se pretende evitar.

O *quantum* oriundo da aplicação da planta, precisamente por isso, não é absoluto. A teor da Constituição, do CTN e da legislação municipal, a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel, sendo a planta apenas um critério simplificado para a sua determinação. Esse critério pode ser afastado por solicitação do contribuinte, procedendo-se a avaliação individual de seu imóvel, o que não seria viável de se fazer previamente e em relação a todos, mas que certamente o é em relação apenas àqueles que, inconformados, a solicitarem.

Dessa maneira, pode-se dizer que a feitura de avaliação individualizada dependerá, em última análise, de opção do contribuinte de se submeter ao valor decorrente da planta, ou àquele mais próximo da realidade, fruto de avaliação feita em cada caso pela autoridade fiscal, a qual, cumpre registrar, não traz nenhum ônus para o contribuinte (CF/88, art. 5.º, XXXIV, "a"), tendo ainda o efeito de manter suspensa a exigibilidade do crédito tributário correspondente (CTN, art. 151, III).

3.3. A necessidade de publicação da "planta"

A rigor, como se trata de mero critério destinado a auxiliar a autoridade a determinar, *in concreto,* o valor venal dos imóveis, a planta genérica de valores, em nosso entendimento, nem precisaria ser publicada juntamente com a lei[10]. Afinal, a lei não precisa dizer quanto vale cada imóvel, mas apenas dizer que o IPTU deverá ser calculado sobre o valor venal, a ser determinado em cada caso, pela autoridade. Exigir que a lei veicule o próprio valor *in concreto* de cada imóvel é tão absurdo quanto seria, por exemplo, em sede de imposto de renda, exigir que o legislador fizesse constar dos anexos da lei *o valor dos rendimentos recebidos por cada contribuinte,* para que sobre estes pudesse então incidir o imposto. Na verdade, é evidente que a lei dispõe, de forma hipotética, que a base de cálculo do IR deve ser o valor do rendimento, cabendo à autoridade descobrir esse valor quando do ato concreto de aplicação da lei. Do mesmo modo, à lei que institui o IPTU bastaria preconizar que a base de cálculo desse imposto é o valor venal do imóvel, cabendo à autoridade determiná-lo. A planta de valores seria mero critério auxiliar dessa determinação, e não precisaria ser veiculada em lei.

Entretanto, como se sabe, esse não é o entendimento do STF, para quem as plantas genéricas de valores devem ser publicadas juntamente com a lei, submetendo-se aos princípios da legalidade e da anterioridade.

Não é o caso, pelo menos neste parecer, de se questionar o entendimento acolhido pelo STF, relativamente à necessidade de previsão legal de tal planta de valores, até porque o Consulente submeteu-se inteiramente a ele. Atendeu a ambos os princípios, vale dizer, fez publicar ainda em 2003, como anexo da lei tributária relativa ao IPTU, a planta genérica de valores, tal como exigido pela jurisprudência. É necessário, contudo, aferir quais instrumentos e procedimentos devem ser adotados no caso de reajustes em tal planta, sendo neste ponto que reside o principal questionamento suscitado.

3.4. Reajuste e exigência de lei

Como conseqüência do entendimento que considera necessária a publicação da planta juntamente com a lei que disciplina o tributo, alterações do valor desta, por implicarem alterações na própria determinação da base de cálculo do tributo, devem ser por igual veiculadas em lei. É o que dispõe o art. 97, § 1.º, do CTN[11], que nesse ponto apenas explicita decorrência inevitável do que estabelece o art. 150, I, da CF/88[12].

Entretanto, por força do § 2.º do mesmo art. 97 do CTN, entende-se que "não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo." A mera atualização monetária dos valores constantes da planta genérica, portanto, pode ser veiculada por ato normativo infralegal, expedido pelo Poder Executivo. E nesse caso, veja-se, ninguém jamais cogitaria de republicar as plantas, como "anexos" do decreto que as reajustou. Isso não faria qualquer sentido.

3.5. Alterações na planta e publicação

No caso em exame, o Município reajustou os valores constantes da planta genérica em índices que se diz serem superiores à inflação havida no período. Por isso mesmo, para afastar questionamentos em torno dos índices, valeu-se de outra lei municipal, e não de decreto, o que lhe seria facultado no caso de mera atualização monetária.

É precisamente esse reajuste em índices que seriam superiores à inflação, e que foi veiculado em lei complementar municipal, que as ADIs examinadas questionam. A OAB/CE, de forma mais específica, alega que, procedendo-se ao reajuste por lei, seria necessária a publicação dos anexos, vale dizer, das plantas de valores, o que não teria ocorrido. Essa omissão, de acordo com precedentes do STF mencionados na inicial, levaria à invalidade da cobrança.

O argumento é carente de razão. Confunde situações diferentes e invoca precedentes que, conquanto corretos, são inaplicáveis ao presente caso.

Veja-se. O Município consulente poderia ter atualizado os valores constantes das plantas pelos índices de atualização

10 MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional.* São Paulo: Atlas, 2003. v. 1, p. 379.

11 "Art. 97. (...) § 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso."

12 "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (...)"

monetária que melhor refletissem a inflação havida no período, *e isso o dispensaria de editar lei e de republicar a planta.* Não há motivo para, apenas porque os índices usados teriam sido superiores à inflação, exigir-se a republicação da planta. A possível superioridade dos índices de reajuste, em face da inflação, motivou a edição de lei complementar, o que afasta por qualquer argumento razoável a respeito de sua validade.

Quanto aos precedentes do STF, exame do seu *inteiro teor* revela que eles não têm o sentido que a OAB/CE pretende que tenham. Eles dizem respeito a situações nas quais tais plantas jamais haviam sido publicadas, ou haviam sido integralmente substituídas por outras, diversas, estas não publicadas.

Foi o que se deu, por exemplo, no RE 114.070-4/SP. O Município de São José do Rio Preto havia alterado substancialmente toda a legislação do IPTU, editando lei cujos anexos *substituiriam inteiramente* a planta de valores pré-existente, anexa à lei anterior, então revogada. O problema, no caso, foi que a nova planta, destinada a substituir a anterior, não fora publicada. Assim, com a revogação de toda a legislação anterior, e a edição de uma nova, desprovida dos anexos, o Município do interior paulista ficou *desprovido de qualquer planta de valores.* Daí a decisão do STF pela invalidade da cobrança.

No RE 108.543-6/SP, por sua vez, a exigência fora considerada ilegal porque formulada em índices superiores aos da inflação e *sem amparo em lei de qualquer espécie.*

Já no REsp 13.776-PR o STJ apreciou questão na qual uma lei municipal alterou toda a legislação do IPTU, fazendo remissão a plantas de valores *novas* que, não obstante, não foram com elas publicadas, mas apenas afixadas nos quadros da própria prefeitura. Situação bem semelhante àquela apreciada pelo STF no RE 114.070-4/SP. Deu-se o mesmo nos casos objeto de julgamento no REsp 15.840/PR e no REsp 113.757/RJ.

Em relação ao Consulente, a situação, como já afirmado, é distinta. Como o reajuste foi aprovado por lei (Cf. item 3.4., *supra)*, é de clara impertinência a invocação do precedente representado pelo RE 108.543-6/SP. Quanto a todos os demais, a situação examinada neste parecer é também diversa, pois os anexos em questão foram publicados. Os precedentes, portanto, são impertinentes. Servem, contudo, para reforçar o que se disse quanto ao cabimento da ADI, no item 2 deste parecer, *supra:* todos eles, sem exceção, foram proferidos no âmbito do controle difuso de constitucionalidade; em alguns, aliás, nem se fez controle de constitucionalidade, mas análise da questão à luz do CTN.

Seja como for, o relevante é que, conforme se admite em ambas as iniciais, o Município não editou nova legislação para cuidar do IPTU, e nem refez a planta de valores pré-existente. Tanto a Lei 8.703/2003 como os seus anexos continuam em pleno vigor, algo bem diferente do que aconteceu nos casos apontados como paradigma. Essa é, aliás contraditoriamente, a outra razão pela qual o reajuste é impugnado. Diz a OAB/CE, textualmente, que houve pura e simplesmente a realização de um reajuste, *"sem qualquer consideração às especificidades dos imóveis e/ou das regiões em que os mesmos estão localizados."* (processo 2393-07.2010.8.067.0000 - fls. 20)

Desse modo, não existe, por conta da edição da Lei Complementar 73/2009, uma nova "planta" a ser publicada, cuja não-publicação levaria à invalidade da cobrança. A planta existe, foi publicada em 2003 e continua em vigor em 2010; em 2009 se procedeu apenas ao seu reajuste, calcado em índices previstos em lei também publicada, tudo com respeito aos princípios da legalidade e da anterioridade.

Veja-se que a diferença, no caso, é apenas de percentual. Como explicado no item 3.4., *supra,* tivesse ele sido o mesmo da inflação, o reajuste poderia ser veiculado por decreto e não se cogitaria de republicação de qualquer anexo da lei anterior. Do mesmo modo, não existe razão para que o uso de um índice superior, desde que veiculado em lei, deva ensejar a republicação da planta.

Para demonstrar de forma definitiva a inconsistência do argumento desenvolvido pela OAB/CE, basta que se pense em outras alterações legislativas. A planta genérica de valores é parte da lei que integra, sendo considerada pelo intérprete na determinação do sentido das normas ali veiculadas. Sendo assim, lei posterior pode validamente reajustar índice da planta, assim como poderia alterar qualquer artigo ou parágrafo da lei anterior, e nem por isso toda ela, a lei anterior, teria de ser novamente publicada, de forma consolidada.

Imagine-se, por exemplo, que uma lei disciplina a cobrança do imposto de renda. Com mais de 200 artigos, é publicada em 2003. Alguns anos depois, uma lei posterior modifica três parágrafos de um artigo dessa lei. É evidente que, respeitada a legalidade (a alteração foi aprovada por lei) e a anterioridade (essa lei foi publicada no exercício financeiro anterior ao dos fatos geradores), a cobrança com fundamento na legislação já alterada será válida, não sendo necessário, para tanto, que a lei anterior seja inteiramente "republicada" apenas porque alterados dois ou três de seus dispositivos.

Caso prevalecesse a tese sustentada na inicial apresentada pela OAB/CE, sempre que uma lei alterasse *apenas alguns artigos* de uma lei anterior toda a lei anterior teria de ser republicada, na íntegra e consolidada, sob pena de inconstitucionalidade. E assim, praticamente toda a legislação tributária, repleta de remissões e de alterações pontuais, teria de ser declarada inconstitucional.

Aliás, não só a legislação tributária, mas todo o ordenamento jurídico. Modificação de alguns artigos do Código de Processo Civil reclamaria, sob pena de inconstitucionalidade por violação ao "princípio da publicidade", a republicação de todo o CPC... O absurdo dessa tese é de tal ordem que dispensa qualquer comentário.

No caso em questão, aliás, nem mesmo uma alteração textual da lei anterior, ou de seus anexos, aconteceu. Deu-se apenas o seu reajuste, determinado por lei devidamente publicada, pelo que exigir a republicação dos anexos implica a pressuposição de que somente o legislador teria inteligência suficiente para realizar uma operação matemática primária, devendo tornar público o resultado do cálculo diante da total

incapacidade do intérprete para fazê-lo.

4. ISONOMIA, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

4.1. A questão do aumento "linear" e seus alegados vícios

O segundo aspecto atacado na cobrança do IPTU levada a efeito pelo Município Consulente diz respeito ao reajuste em si mesmo, independentemente da (re)publicação de qualquer anexo. Seria uma inconstitucionalidade material, decorrente do fato de o aumento ter sido linear: todos os imóveis, indistintamente, teriam sofrido o mesmo acréscimo em seu valor venal, independentemente de se terem valorizado ou desvalorizado.

Quanto a esse ponto, ambas as ADIs, de forma essencialmente parecida, alegam ofensa a princípios constitucionais (*v.g.,* isonomia, razoabilidade, proporcionalidade), decorrente de uma tributação generalizante e uniforme, feita em desprezo às particularidades de cada imóvel ou região. Pugnam pela necessidade de criação de comissão técnica destinada a elaborar nova planta de valores[13].

É o caso de conferir, então, se procedem essas afirmações.

4.2. Reajuste nos valores da "planta" e isonomia

Exame dos anexos da Lei 8.703/2003 e do texto da Lei Complementar municipal 73/2009 revela que não corresponde à verdade a afirmação de que se procedeu a um aumento "linear" no valor venal dos imóveis. Em verdade, foram corrigidos, em índices diferentes para cada faixa, valores relativos ao metro quadrado da terra nua e ao metro quadrado por tipo de edificação. Essas duas variáveis são combinadas com várias outras para a determinação do valor venal (*v.g.*, fator de depreciação, padrão das construções etc.). Além disso, o reajuste incidiu sobre bases que já eram diferentes, sendo incorreto dizer-se que todos os imóveis da cidade, independentemente da região, tiveram seus valores reajustados linearmente pelos mesmos índices.

Imóveis diferentes, portanto, receberam tratamento diferente, não sendo procedente a afirmação de que a isonomia teria sido malferida pela desconsideração de particularidades.

Deve ser lembrado, ainda quanto a este ponto, que a própria admissão de uma planta genérica, que é feita precisamente porque impossível a avaliação individual de cada imóvel, seria anti-isonomica à luz do argumento sob análise. Tais plantas, contudo, têm seu uso autorizado pelo STF, o que se dá, essencialmente, por conta de seu caráter não definitivo, criador de presunção meramente relativa. Caso considere que o valor encontrado a partir dos critérios nela previstos não é adequado à sua situação concreta, pode requerer avaliação de seu imóvel que leve em conta todas as suas particularidades, afastando-se qualquer mágoa ao princípio da isonomia.

Certamente, os contribuintes não recorrem a esse pedido de revisão, em sua imensa maioria, porque *sabem que o valor de seus imóveis, no mercado, é muito superior àquele que consta do lançamento do IPTU*, considerado para fins de cálculo do imposto. Insistem na alegada impropriedade na determinação da base, na verdade, tão somente porque não têm argumento melhor para impugnar tributo que, por razões políticas – cujo deslinde não cabe ao Judiciário e nem pode ser discutido em ADI – não querem pagar.

4.3. Reajuste nos valores da "planta", proporcionalidade e razoabilidade

Na ADI ajuizada pelo SECOVI/CE é afirmado, finalmente, que o reajuste levado a efeito pelo Município de Fortaleza seria contrário aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois a sua linearidade não seria meio adequado e nem necessário para a correção da base de cálculo do IPTU.

Em verdade, a inicial apresentada pelo SECOVI/CE parece ter sido feita com o uso do texto da inicial de ADI ajuizada pela OAB/CE em 2004, na qual se questionava a progressividade adotada pelo Município na determinação das alíquotas do IPTU. O capítulo dedicado à razoabilidade e à proporcionalidade, aparentemente, foi dela inteiramente copiado e colado. Naquela ocasião, todavia, era pertinente a invocação dos tais princípios, da jurisprudência do STF em torno deles e da doutrina pesquisada por quem redigiu aquela peça originalmente, de Müller, Bonavides, Quintana, Ortega, Aarnio etc., pois a forma como se determinavam as alíquotas aplicáveis, mesmo no plano da hipoteticidade, era contrária aos objetivos da progressividade. O questionamento em torno do IPTU exigido pelo Consulente em 2010, porém, é completamente diferente, sendo tecnicamente inadequado o aproveitamento dos argumentos usados na mencionada ADI.

Alega-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade teriam sido malferidos, como dito, porque o reajuste levado a efeito pelo Município não seria adequado à determinação da base de cálculo do IPTU. Melhor teria sido constituir comissão destinada à elaboração de estudos técnicos, os quais levariam à redução do valor de alguns imóveis, e ao aumento de outros.

Esse argumento revela, uma vez mais, que a Planta não foi refeita ou revista, mas apenas reajustada, confirmando a inteira desnecessidade de republicação dos anexos da lei anterior, objeto de reajuste, conforme examinado no item 3, *supra,* deste parecer. Revela, ainda, que a divergência em relação à cobrança do IPTU no ano de 2010 não reside – como se deu em 2004 – na interpretação da lei *em tese*, mas na sua aplicação, que em relação a este ou àquele contribuinte *poderia* levar à utilização de valores superiores aos "de mercado".

Esse dado, além de tornar manifesto o descabimento da

13 Esse argumento, como já destacado, é contraditório com o anterior, de que seria necessário republicar os anexos. Se foram apenas reajustados nos percentuais indicados em lei, e não modificados em seus critérios técnicos, não se trata de nova planta, sendo prescindível a republicação.

ADI, torna inócuas todas as alegações dirigidas de forma genérica e não demonstrada contra os valores constantes da planta ora reajustada, pois, como já explicado anteriormente, tem-se nela critério não-definitivo de determinação da base de cálculo do imposto, o qual poderá ser afastado mediante avaliação *in concreto* que demonstre a incorreção do valor estimado por meio da planta.

Embora essa seja uma questão de *fato*, cujo deslinde é inteiramente inadequado no âmbito de uma ADI (item 2, *supra*), é relevante lembrar que a OAB/CE, na ADI que promoveu, reconhece que os valores constantes da planta estão, todos eles, bastante defasados. Segundo o Consulente, mesmo o reajuste de 30% ainda os deixou em patamares inferiores à realidade. Assim, a criação de uma comissão técnica para proceder a uma ampla revisão da planta certamente levaria a uma majoração das bases de cálculo nela previstas em percentuais bem superiores aos praticados pela Lei Complementar municipal 73/2009. Não seria, por certo, meio menos gravoso para o contribuinte.

Além disso, se a criação da citada comissão era determinada em uma lei municipal, outra lei municipal, de igual hierarquia e editada em momento posterior, poderia dispensá-la, como fez a Lei Complementar municipal 73/2009. Trata-se do critério cronológico de solução de antinomias entre regras, decorrente da teoria do direito, sendo impróprio dizer-se que a última é inválida porque teria "violado" a primeira. A questão se resolve, no caso, no plano da legislação municipal infraconstitucional, não tendo procedência nem pertinência sua argüição em sede de ADI.

Por outro lado, recorde-se que reajuste que leve em conta apenas os índices de inflação não poderia, por igual, ser considerado "mais adequado" que aquele feito pelo Município. Primeiro porque nem todos os imóveis têm o valor necessariamente atrelado à inflação. Segundo porque, o que é mais relevante, tal reajuste poderia ser veiculado por norma infralegal, dotada de muito menor legitimidade e editada sem o controle dos representantes da sociedade no parlamento.

Desse modo, embora existam diversas formas de modificar a legislação de um tributo, não se pode dizer que a adotada pelo Consulente seja inadequada, desnecessária ou mais gravosa ao contribuinte. Reajuste da planta genérica em percentuais inferiores aos que em tese seriam possíveis, e veiculado por lei, é perfeitamente adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, ou não excessivo, sobretudo quando eventual excesso verificado *in concreto* no valor decorrente da aplicação da planta genérica, certamente pontual, é *inerente a essa forma massificada de determinação da base de cálculo, e pode ser corrigido mediante simples requerimento, que tem efeito suspensivo e pode ser formulado sem ônus para o sujeito passivo* (CF/88, art. 5.º, XXXIV e CTN, art. 151, III).

5. AS RESPOSTAS

Em razão do exposto ao longo deste parecer, as respostas aos questionamentos feitos pelo Consulente são, em síntese, as seguintes:

1. É cabível a discussão dos aspectos suscitados pelo SECOVI/CE e pela OAB/CE em sede de controle abstrato de constitucionalidade?

Não. As iniciais que examinamos atacam, a rigor, os atos administrativos de lançamento do IPTU, que seriam inválidos ou porque fundados em lei ainda não vigente ou porque baseados em avaliação feita com desatenção às particularidades de cada imóvel.

2. O reajuste de valores constantes de anexos da Lei 8.703/2003 exigiria, para produção de efeitos jurídicos no ano de 2010, a republicação dos tais anexos?

Não. Os anexos já estão publicados, e não foram substancialmente alterados. Houve mero reajuste de valores, sendo um formalismo absolutamente desnecessário exigir que sejam, só por isso, novamente publicados.

É de se notar a freqüência com que a legislação em geral, e a tributária em particular, é alterada de forma pontual. Lei posterior modifica apenas um dispositivo de lei anterior, não sendo isso motivo para que todo o texto desta seja republicado. Cabe ao intérprete extrair da combinação do texto de ambas a norma vigente, não sendo uma consolidação legislativa condição de vigência – e menos ainda de validade – de qualquer diploma alterador.

3. O reajuste em questão contraria os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia?

Não. No caso em questão, os percentuais do reajuste incidem sobre bases diferentes, às quais são aplicadas ainda outras variáveis para que se possa determinar o valor de cada imóvel. Isso faz com que não se verifique a alegada linearidade. Por outro lado, não se pode dizer que a mera atualização (a ser feita por decreto), seja mais adequada que um aumento aprovado pelos representantes do povo no parlamento, ou que a instituição de uma comissão técnica, que levaria ao estabelecimento de valores ainda mais próximos da realidade – portanto ainda maiores que os oriundos do reajuste – fosse para os contribuintes medida menos gravosa.

Além disso, o mais relevante é que a generalização, que pode levar a eventual desconsideração das peculiaridades de cada imóvel, é inerente à própria utilização de plantas de valores, cuja validade é pacífica no âmbito da jurisprudência do STF. Tais plantas não conduzem a critérios definitivos de tributação, podendo, em caso de eventual distorção, ser feita avaliação individual do imóvel, cujo resultado prevalecerá sobre o da planta.

4. Houve violação, ainda, aos princípios da publicidade e da legalidade?

Não. O reajuste em questão foi aprovado por lei, e esta foi devidamente publicada.

O fato de não terem sido novamente publicados os anexos por ela reajustados, além de irrelevante, não faz com que o reajuste passe a ter fundamento em ato diverso da lei. Tampouco se pode afirmar que o reajuste fora feito por critérios aos quais não se deu a devida publicidade. Exigir a republicação dos anexos é presumir que os aplicadores da lei tributária não têm a capacidade de fazer a operação matemática primária de aplicar sobre os valores da planta previamente publicada os percentuais indicados na lei que os reajustou.

5. Em face do reajuste, é correto dizer-se que o IPTU está incidindo sobre valor diverso daquele representado pela propriedade imobiliária urbana, contrariando assim o art. 202, I, da Constituição Estadual?

Não. As plantas de valores, como já explicado, não conduzem a um valor definitivo, para fins de cálculo do tributo. Em face de eventual discrepância entre o valor oriundo da aplicação da planta, e o valor venal do imóvel, é este que deve prevalecer. Para tanto, basta que o contribuinte requeira avaliação individual. A planta destina-se apenas a que essa avaliação não tenha de ser feita previamente em relação a todos os imóveis, o que seria inviável, mas apenas nos casos em que o seu resultado não for considerado satisfatório pelo sujeito passivo.

Se os contribuintes em geral não recorrem a esse pedido de revisão, certamente é porque sabem que o valor de seus imóveis, no mercado, é superior àquele que consta do lançamento do IPTU. A insistência de certas entidades e grupos na suposta impropriedade da determinação genérica da base de cálculo, na verdade, decorre unicamente da falta de melhor argumento para impugnar tributo que, por razões políticas – cujo deslinde não cabe ao Judiciário e nem pode ser discutido em ADI – alguns proprietários de imóveis não querem pagar.

6. Os pedidos formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade movidas pela OAB/CE e pelo SECOVI/CE são procedentes?

Não. Como se demonstrou, tais pedidos são improcedentes.

É o nosso parecer, s.m.j.
Fortaleza, 10 de fevereiro de 2010,

Hugo de Brito Machado
Hugo de Brito Machado Segundo

A HOMENAGEM AOS ASCENDENTES COMO MOTIVO JUSTO AO ACRÉSCIMO DE SOBRENOME: UMA INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO "MOTIVADAMENTE", CONSTANTE NO ART. 57 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS, À LUZ DA HERMENÊUTICA PÓS-POSITIVISTA

Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz[1]
Rodolfo Pamplona Filho[2]

RESUMO: Tomando como ponto de partida a diversidade e equivocidade na análise hermenêutica de alguns magistrados e membros do Ministério Público, a respeito do requisito "motivadamente", presente no art. 57 da Lei 6.015/73, que ao rechaçarem a possibilidade de acréscimo de sobrenome, alegando ausência de justo motivo, tendo por fundamento, causa de pedir, a homenagem aos antepassados, acabam por ensejar retrocesso aos avanços da Ciência do Direito, é que este artigo trata da "Homenagem aos ascendentes como motivo justo ao acréscimo de sobrenome: uma interpretação da expressão 'motivadamente', constante do art. 57 da Lei de Registros Públicos, à luz da hermenêutica pós-positivista", tendo-se, pois, a hermenêutica como vertente norteadora a explicitar que a homenagem aos ascendentes constitui, sim, motivo justo a acrescer sobrenome que integra a linhagem familiar de quem requer.

Palavras-chave: homenagem aos ascendentes; motivo justo; acréscimo de sobrenome; hermenêutica; lei de registros públicos.

ABSTRACT: Starting on the diversity and ambiguity in the hermeneutics analysis of some judges and members of the public prosecutor, regarding the induced' requirement, provided in art. 57 of Law 6,015/73, that rejects the possibility of inclusion of a surname, claiming the lack of due cause, based, in the cause of action, a tribute to the ancestors, ultimately setbacks the advances of law, is that this article deals with "Honor to the ancestors as a due cause to the inclusion of surname: an interpretation of the term 'induced', in the art. 57 of the Public Records Law, in the light of hermeneutics post-positivist " therefore, hermeneutics as the guiding part to clarify that the tribute to the ancestors is a good cause, in adding surname lineage that includes his family.

Key-words: tribute to the ancestors; just cause; inclusion of surname; hermeneutics; law of public records.

1 Formado em Magistério pelo CNMP; foi monitor do Projeto Agente Jovem de Desenvolvimento Social e Humano e Assessor do Poder Executivo do município de Palmeiras-Bahia; bacharel em Direito pela Universidade Salvador (Unifacs); pós-graduado em Direito *latu sensu* pela Escola de Magistrados da Bahia (EMAB); advogado da Procuradoria do Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia (IPAC); ganhador de Menção Honrosa no Prêmio Estadual Deputado Luís Eduardo Magalhães- 2004; autor de diversos artigos jurídicos publicados na Revista Jurídica da Editora Síntese do Rio Grande do Sul e na Revista Jurídica Eletrônica da Unifacs; coautor e organizador da obra "João da Paz"; prefaciou a obra "Encontro com a Villa Bella das Palmeiras", publicada pelo Governo do Estado da Bahia.

2 Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA (TRT da Quinta Região). Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador - UNIFACS. Professor (licenciado) do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCSAL - Universidade Católica de Salvador. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Professor da Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFBA. Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho do JusPodivm/BA. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Cadeira 58) e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia (Cadeira 27). Autor de diversas Obras Jurídicas.

SUMÁRIO: 1. Intróito.– 2. A importância da hermenêutica no contexto jurídico pós-positivista. – 3. A função do nome e a relativização da sua imutabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. – 4. O art. 57 da Lei 6.015/73 e a possibilidade de acréscimo de sobrenome: uma interpretação jurisprudencial. – 5. O alcance conceitual da expressão "motivadamente": uma revelação hermenêutica.– 6. A homenagem aos ascendentes como motivo razoável a justificar o acréscimo de sobrenome e a equivocidade interpretativa de alguns magistrados e membros do Parquet: um retrocesso hermenêutico? – 7. Considerações Finais. – 8 Referências

Epígrafe:

"O bom senso é a coisa mais bem distribuída do mundo: cada um pensa estar tão bem provido dele, que mesmo aqueles mais difíceis de se satisfazerem com qualquer outra coisa não acostumam desejar mais bom senso do que têm. Assim, não é verossímil que todos se enganem: mas, pelo contrário, isso demonstra que o poder de bem julgar e de distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se denomina bom senso ou razão, é por natureza igual, em todos os homens; e portanto, a diversidade de nossas opiniões não decorre de uns serem mais razoáveis que o outro, mas somente porque conduzimos nossos pensamentos por diversas vias, e não consideramos as mesmas coisas. Pois não basta ter o espírito bom, mas o principal é aplicá-lo bem. As maiores almas são capazes de maiores vícios, assim como das maiores virtudes; e aqueles que só caminham muito lentamente podem avançar muito mais, se bem seguirem o caminho certo, do que aqueles que correm e deles se afastam". René Descartes (Discurso do Método)

1. Intróito

Registra-se crescente, na ordem jurídica brasileira, a propositura de ações de retificação em assentamento de registro civil, tendo como fundamento o quanto estatuído no art. 57 da Lei 6.015/73 (BRASIL, 2008b), a "conhecida" Lei de Registros Públicos (LRP), que autoriza ao jurisdicionado requerer ao Estado-juiz a alteração posterior de nome, desde que, por exceção e "motivadamente", após a audiência do Ministério Público (MP).

Diante dessa previsão, ações são ajuizadas nas Varas de Registros Públicos, pleiteando-se o acréscimo de qualquer um dos sobrenomes dos ascendentes ao nome do descendente que deseja lhes prestar homenagem ou até mesmo ao seu núcleo familiar, ainda que já constante no seu os respectivos sobrenomes identificadores dos seus progenitores, configurando-se, pois, tal justificativa como justo motivo a embasar o acréscimo, consoante possibilita a leitura e aplicação do art. 57 da LRP, sob as luzes da hermenêutica.

Para explicitação maior da temática proposta, este artigo discutirá, inicialmente, a importância da hermenêutica para o Direito na era pós-positivista, destacando-se, após, a primordial função do nome e relativização da sua imutabilidade na ordem jurídica brasileira, por meio das inovadoras e avançadas interpretações conferidas pela jurisprudência dos Tribunais pátrios, que, de forma acertada, vêm admitindo a homenagem aos ascendentes como "motivo justo" a fundamentar o requerimento de acréscimo de sobrenome.

A seguir, será demonstrado que, por meio de elementos hermenêuticos postos ao intérprete do Direito, notadamente aqueles relacionados à teoria da linguagem e da argumentação, é possível extrair da expressão conceitual "motivadamente" a justeza e a razoabilidade pelas quais se afirma a possibilidade de homenagear os ascendentes, promovendo-se a adição de mais um dos sobrenomes dos genitores ao descendente que assim pretender. Por fim, serão tecidas as necessárias críticas aos, *data venia*, equivocados posicionamentos manifestados por alguns membros do MP e magistrados brasileiros, os quais, num retrocesso hermenêutico, reconhecem tal pedido como "mero capricho pessoal".

2. A Importância da Hermenêutica no Contexto Jurídico Pós-positivista.

A hermenêutica é a ciência da interpretação, fixadora das condições de potencialização das normas jurídicas, sendo, ao mesmo tempo, a reflexão, a análise e a epistemologia da interpretação do Direito. Confere ao jurista instrumentos para a interpretação, sem, ao mesmo tempo, exercer atividade legislativa. Sobressai o seu caráter epistemológico, sendo a interpretação a compreensão da norma jurídica e a realidade que a ela se integra – concretização da norma jurídica frente à realidade- e a hermenêutica, uma linguagem ideal que traduz o Direito.

Originariamente, desde a Antigüidade, a expressão hermenêutica possuía três significados: "dizer, explicar e traduzir". Todos esses sentidos pressupunham que o texto tivesse uma existência própria, que caberia ao intérprete apreender. Procurava-se, então, alcançar o que o autor do texto quis dizer, qual a sua intenção, especialmente quando se referia à interpretação das Sagradas Escrituras, em que se buscava a compreensão da exata vontade de Deus, e também de obras literárias. (GADAMER, 1998)

Nos idos do século XVIII, Schleiermacher (1999) procurou desmistificar esse caráter fragmentário da hermenêutica, lançando as bases de uma hermenêutica geral, destacando que todo indivíduo, quando se depara com alguma obra, já leva consigo uma pré-compreensão, a do texto e do seu autor. A filosofia da consciência, pautada no idealismo cartesiano, encontrou na teoria romântica de Schleirmacher uma nova concepção de hermenêutica, já de cunho científico e universal, que privilegiava não apenas o texto escrito, mas também toda expressão da linguagem, seja escrita ou falada, seja gestual ou simbólica.

Logo após, vários outros teóricos o sucederam, destacando-se Gadamer (1998), o qual vem afirmar que não existe esta idéia de sentido objetivo do texto nem do autor. Ele não estava preocupado com o método e sim com o processo

de compreensão: a partir do contato com o texto o leitor altera o seu sentido, da mesma forma que o texto interfere no leitor. Esta interação vai formar o círculo hermenêutico, interação recíproca entre o texto e o sujeito. Por esta teoria, conclui-se que cada indivíduo poderia ter a sua própria norma, o que não deixaria de ser uma ameaça à segurança jurídica.

Daí por diante, outras teorias surgiram, algumas reforçando as até então predominantes, defendendo a necessidade de se buscar o "verdadeiro significado da norma", outras apontando para a importância da compreensão zetética do Direito e não apenas dogmática. A nova hermenêutica de Gadamer (1997) vai relevar, deste modo, a necessidade de observância do contexto para interpretação do texto, não se podendo desvincular um do outro. Diante dessa nova visão, não há nada mais incoerente do que a possibilidade de interpretação baseada na busca da vontade da lei ou do legislador.

A nova hermenêutica, para livrar-se da insegurança jurídica que poderia advir da teoria pura de Gadamer, buscou contemporizar com a teoria de Betti (1990), a qual impunha limites a esta interpretação, de modo que o intérprete não poderia transcender à literalidade do texto normativo.

O objeto da hermenêutica jurídica estava centrado no estudo e na sistematização de processos sobrepostos para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. A positivação das normas é realizada em termos gerais, estabelecendo regras, solidificando princípios, fixando normas, em linguagem precisa, porém ampla, ensejadora de variadas interpretações. No escólio de Habermas (1997, p. 297) a interpretação, tal qual as artes em geral, tem a sua técnica, os seus meios para alcançar os fins pretendidos. Seu embasamento adveio de princípios e regras desenvolvidos e aprimorados por meio da interpretação constante das noções vagas e imprecisas contidas na legislação. Diz-se que "a arte ficou subordinada, em seu desenvolvimento progressivo, a uma ciência geral, o Direito, obediente, por sua vez, aos postulados da Sociologia; e a outra, especial, a Hermenêutica".

Foram rompidos, desta maneira, os paradigmas do legislador racional, do juízo subsuntivo, do pensamento lógico-dedutivo, da exegese e das teorias: objetivista e subjetivista.

Neste contexto, superado historicamente o jusnaturalismo e percebendo-se o declínio político do positivismo, surgiram vastos espaços para reflexões sobre a interpretação como ato político, sob o respaldo da teoria da argumentação e da função social do Direito, o pós-positivismo. Dentre seus objetivos primordiais, sobreleva-se a necessidade de se repensar os aspectos da chamada nova hermenêutica, à luz da valorização dos princípios, desenvolvendo o esforço teórico a fim de transformar o progresso filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos, produzindo sobre eles efeitos positivos. A expressão hermenêutica passou a significar o estudo da linguagem, baseando-se na leitura e interpretação do homem num determinado contexto sócio-cultural, a partir da sua historicidade e temporalidade.

A hermenêutica, concebida como uma teoria sobre a interpretação, passa, efetivamente, a auxiliar o juiz na tarefa de bem pensar o Direito, trazendo possibilidades para decidir democraticamente a melhor forma de aplicar a justiça social. Daí, o que legitima uma decisão judicial é a sua fundamentação razoável e coerente com a realidade, em sintonia com a evolução dos tempos, dos fatos, das teorias e das necessidades do homem como protagonista da história. E é a nova hermenêutica que conduzirá os operadores do Direito à certeza de que a homenagem aos ascendentes constitui, sim, motivo justo à adição de sobrenome.

3. A Função do Nome e a Relativização da sua Imutabilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Conforme melhor doutrina, a função primária do nome em nossa sociedade, para além mesmo do direito fundamental da pessoa humana, diz respeito à individualização do sujeito, titular de direitos e obrigações, sendo que o princípio geral atinente à matéria, consagrado pela Lei de Registros Públicos vigente, estabelece a imutabilidade do nome, compreendendo este termo tanto o prenome quanto o nome de família ou patronímico.

No que tange ao prenome, somente situações excepcionais, como são aquelas nas quais a designação expõe o indivíduo ao ridículo social ou homonímia, entre outras, viabilizam a retificação judicial. Sobre tal temática, destaquem-se os registros de NERY JÚNIOR e ANDRADE NERY (2003, p. 161):

> 9. Imutabilidade do nome. É a regra geral: feito o registro, não mais se poderá modificar o nome. A alteração somente será possível por autorização judicial, em casos excepcionais (LRP 57). Os casos mais comuns de alteração do nome são: a) homonímia, que prejudica a identificação do sujeito, podendo trazer-lhe prejuízos econômicos e morais; b) exposição ao ridículo, em decorrência de nomes ou de combinações de nomes que possam constranger a pessoa (LRP 55 par. ún., a contrario sensu); c) acréscimo para melhor identificação da pessoa para fins sociais e políticos (convivente que acrescenta aos seus o apelido do companheiro - LRP 57 § 2º; político que acrescendo ao seu nome apelido pelo qual é conhecido junto a seus eleitores - LRP 58 par. ún.); d) proteção de vítima ou testemunha de crime, alteração que é autorizada quando houver fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração para a apuração de crime (LRP 58 par. ún.; L 9807/99 9º § 3º).

Essa imutabilidade do nome decorre do princípio da segurança jurídica.

Não obstante, há situações em que esse princípio pode ser relativizado, como forma de se efetivar princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Preserva-se o nome, traço basilar da personalidade, com o fim de não se prejudicar a terceiros e os apelidos de família. É a partir dele que a pessoa se relaciona consigo mesma, com outros e com o mundo, constituindo-se uma representação simbólica da pessoa humana, dando-lhe um traço distintivo e singular perante a universalidade de pessoas. Daí porque a sua imutabilidade pode ser flexibilizada, quando o sujeito desejar e não gerar lesão à ordem pública bra-

sileira, ainda mais por tratar-se de acréscimo de sobrenome e não de mudança de prenome. (SWENSSON, 2003)

O prenome é, pois, inalterável. Mas, como exceção à regra, desde que haja justo motivo e não se prejudiquem os apelidos de família, permite-se, ouvido o MP, a retificação do nome civil no assento do nascimento no cartório de registro civil. As hipóteses de mudança encontram-se nos artigos 55 a 58 da Lei nº 6.015/73 (BRASIL, 2008b).

Destaque-se que o art. 56 da LRP estabelece um prazo decadencial para a alteração *imotivada* do nome, quando estabelece que o "interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa".

Para o exercício deste direito potestativo, não exige realmente a Lei uma motivação peculiar para a pretensão deduzida em juízo.

Todavia, esta autorizada *alteração imotivada de nome*, porém, deve ser entendida *modus in rebus*.

Isto porque o prenome, na forma do art.58, é imutável relativamente, somente podendo ser alterado em estritas hipóteses legais. Da mesma forma, nesta hipótese de alteração espontânea, devem ser mantidos os *apelidos de família*, o que limita também as possibilidades de modificação do nome, sendo mais comum a incorporação de sobrenomes maternos ou de avós, traduções de nomes estrangeiros ou transformações de prenomes simples em compostos ou vice-versa.

Para o ajuizamento desta ação constitutiva negativa (retificação voluntária de registro de nome), além do prazo decadencial previsto de 1 ano, soa imprescindível que o autor comprove, através de certidões negativas extraídas de órgãos públicos, que não há qualquer intuito fraudulento a direito de terceiros na sua pretensão de modificação de nome.

Ao se buscar razoável interpretação da lei, em consonância com os ditames constitucionais, atentando-se ao referido princípio da definitividade, deve-se ter em mente que o que se pretende com o nome civil é a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade. E a adição de sobrenome, sob esta ótica, não tem o condão de prejudicar a individualização da pessoa.

Conforme posicionamento jurisprudencial emanado do Tribunal de Justiça (TJ) de Minas Gerais: "O nome civil, em regra, é imutável. Todavia, a lei admite exceções em determinadas circunstâncias, autorizando a alteração [...] É possível a alteração no registro de nascimento para acrescer ao nome do menor um apelido de família, *embora avoengo*". (BRASIL, 2008c; grifos nossos).

Já o Des. Nepomuceno Silva acrescenta:

> A regra da imutabilidade do nome reveste-se de caráter relativo, razão porque admissível sua integração pelo apelido de família paternal, que designa a linhagem da pessoa, *não se vislumbrando prejuízo a terceiros ou à ordem pública*, sendo que *o acréscimo do patronímico evitará, inclusive, a ocorrência de homonímia*, já que o assento original - bastante comum - mostra-se hábil à geração de embaraços sócio-jurídicos. (AP 1.0372.04.007943-9/001; Des. Nepomuceno Silva, publicação: 26.11.2004) (grifos nossos)

Verifica-se do exame, ainda que perfunctório, das posições doutrinárias e jurisprudenciais, que a regra da imutabilidade, especificamente o acréscimo de sobrenome para homenagear ascendentes e preservação de linhagem, decorrente diretamente do dever de identificação, vem sendo amplamente suavizada. Percebe-se, notadamente na jurisprudência, uma forte tendência no sentido de admitir-se a alteração do registro civil mesmo quando não constatada a ocorrência de erro cartorial, desde que motivadamente, não se prejudicando os apelidos de família e nem se violando a ordem pública. (QUINTANILHA, 1981)

Tal posicionamento, à luz dos ensinamentos hermenêuticos, justifica-se largamente, haja vista que, recentemente, o valor soberano do ordenamento jurídico é de ser conferido à pessoa humana certa margem de liberdade na disposição de seu sobrenome, particularizado por meio do direito personalíssimo de possuir um nome como melhor lhe aprouver, por mais íntimo que esse pleito pareça aos olhos de alguns representantes do Poder Judiciário e do MP. Neste sentido, saliente-se o julgado do TJ do Rio Grande do Sul, o qual acolheu o requerimento de mudança de nome, sob o argumento de que: "A moderna compreensão de atributo da personalidade cuida hoje da pessoa, superando a inflexibilidade da doutrina reacionariamente patrimonialista que impedia a troca" (RTJRGS 150/643.)

Por fim, registra-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2008b):

> **DIREITO CIVIL. ALTERAÇÃO DO ASSENTAMENTO DE NASCIMENTO NO REGISTRO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADA. PRODUÇÃO DE PROVA. DEFERIMENTO.** Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial, o princípio da imutabilidade do nome de família não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, desde que presentes a justa motivação e a prévia intervenção do Ministério Público, a alteração do patronímico, mediante sentença judicial. No caso dos autos, atendidos os requisitos do artigo 57 c/c o parágrafo 1º do artigo 109 da Lei nº 6.015/73, deve ser autorizada a produção de prova requerida pela autora, quanto aos fatos que embasam o seu pedido inicial. Recurso provido. (STJ - RESP 401138-MG- Rel. Min. Castro Filho- DJU 12.08.2003- p. 00219)"

Vê-se, a partir dos argumentos expostos, que a regra da imutabilidade deve ser relativizada, como medida da mais lídima justiça.

4. O art. 57 da Lei 6.015/73 e a Possibilidade de Acréscimo de Sobrenome: uma interpretação jurisprudencial.

Preambularmente, torna-se mister reiterar, neste tópico, que a hipótese aqui defendida, a propositura de ação de retificação para acrescer sobrenome de ascendente ao descendente, versa não sobre retificação, no sentido estrito do termo (significando emenda, correção ou conserto, do nome), mas sobre a possibilidade de acréscimo de patronímico dos ascendentes,

como forma de homenagear-lhes diante dos fortes laços de afeto que guardam.

Esse procedimento de jurisdição graciosa, previsto na Lei nº 6.015/73 (2008b), Título II, Capítulo XIV, obedece ao rito previsto no art. 109 e ss., encontrando amparo em seus arts. 56 e 57, *caput*, que assim versam, respectivamente:

> **Art. 109.** Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório.
>
> **Art. 56.** O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.
>
> **Art. 57.** *Qualquer alteração posterior de nome*, somente por exceção *e motivadamente,* após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração, pela imprensa. (grifos nossos)

A *jurisprudentia,* vetor de onde promana a admissibilidade da inclusão de sobrenome outro, já que fruto da hermenêutica, traduz, genericamente, um Direito elaborado com prudência "como conhecimento moral, capaz de sopesar, diante da mutabilidade das coisas, o valor e a utilidade delas, bem como a correção e justeza do comportamento humano."(FERRAZ JÚNIOR, 1980, p.19-20). A prudência revela uma racionalidade própria, cuja ferramenta pontual é a dialética, enquanto arte das contradições e caminho coerente ao desenvolvimento da tese ora sustentada.

No caso de ajuizamento de ação de retificação, desejando qualquer cidadão adicionar ao seu nome o sobrenome de qualquer dos seus ascendentes, com o objetivo único de dar continuidade ao nome da família, homenageando os seus, não há razão para não se deferir tal pleito, mesmo porque não se está infringindo nenhuma norma legal ou princípio da ordem jurídica brasileira, ao contrário, há uma justa homenagem em favor da família pátria que, não se pode obscurecer, está em intensa desintegração. Como decidido pelo TJ de São Paulo, em acórdão publicado na Revista dos Tribunais (1997, p. 72): "A lei não proíbe a adição de sobrenome".

Observando-se tais orientações, interessa saber, no tema ora debatido, se o acréscimo de outro sobrenome ou apelido de família, de ascendente paterno ou materno, ao nome de seu ascendente, encontra óbice no ordenamento jurídico brasileiro.

Embora quando da lavratura da certidão de nascimento os genitores revelem qual o sobrenome a ser adotado pelo filho, não há razão para que se vede a possibilidade de inclusão de outro sobrenome que, de fato, pertença àquele, o qual, já consciente de sua posição de cidadão, portador de direitos e obrigações, pode manifestar esse anseio, apresentando, para efeito de controle judicial, o motivo específico do pedido.

Sobre isso, a jurisprudência vem firmando o entendimento de que poderá se incluir ao nome oficialmente registrado o sobrenome de qualquer dos ascendentes, visando a perpetuar o nome de sua família e manter sua tradição. Além de identificar ainda mais o postulante na sociedade, integrar sua personalidade, individualizá-lo, um outro sobrenome melhor indicará a sua procedência familiar, identificando a sua origem, mesmo que remota.

Cabível, nesta senda, escorreita menção ao julgado oriundo do TJ/MG, em que o apelante objetivava alterar o seu nome para homenagear o seu avô paterno, justificando que foi este quem, efetivamente, lhe deu o carinho, criação e amor de avô. Com suporte nesse argumento, decidiu a ilustre julgadora:

> Nada mais justo e digno. Afinal o nome permite a continuidade no mundo de uma pessoa, dando-lhe a idéia de eternidade, já que se transfere de geração para geração. Não há no pedido do apelante qualquer capricho, apenas uma justa homenagem a quem lhe tratou como verdadeiro neto. Manter o sobrenome de um avô biológico, mas ausente, ao argumento de segurança jurídica, é descurar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no campo do registro público. O nome do avô adotivo possui um significado afetivo muito maior para o apelante do que o do avô biológico, daí porque não vislumbro razão para se impedir a alteração, ainda mais que não há prejuízo para terceiros e para os apelidos de família, já que será preservado o sobrenome paterno e materno de seu nome. (BRASIL, 2008d)

Segue a ementa do voto supramencionado: :

> "RETIFICAÇÃO DO ASSENTAMENTO DE REGISTRO CIVIL. ADIÇÃO DE PATRONÍMICO AO NOME. ASCENDENTE DE FAMÍLIA TRADICIONAL NA CIDADE. HOMENAGEM. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AOS APELIDOS DE FAMÍLIA. VIABILIDADE. Viável é a adição do patronímico da avó materna de tradicional família italiana da cidade no nome da apelante dada a excepcionalidade do caso, máxime quando comprovada que a inclusão em nada prejudica os apelidos de família, e o pedido foi acompanhado de certidões negativas de distribuição de ações cíveis, criminais e protestos, as quais atestam a idoneidade da requerente." (APELAÇÃO CÍVEL N? 1.0518.03.043527-6/001 - COMARCA DE POÇOS DE CALDAS - APELANTE(S): PATRÍCIA GOMES BASTOS - PROCESSO SEM RÉUS CADASTRADOS - RELATOR: EXMO. SR. DES. BELIZÁRIO DE LACERDA). (BRASIL, 2008d)

A jurisprudência dos Pretórios brasileiros, manifesta-se remansosa, nesse mesmo diapasão, *verbo ad verbum*:

> Sabido que o prenome é imutável, nos termos do art. 58, **caput,** da Lei n.º 6.015/73, não havendo, todavia, qualquer impedimento que os nomes sejam alterados, mediante determinação judicial, mormente quando o motivo apontado se apresenta razoável, **como no caso, onde se busca homenagear as avós. Não existe qualquer norma jurídica que impeça essa providência,** salientando-se que o disposto no artigo 56, da lei referida, ao estabelecer que essa alteração não pode prejudicar os apelidos de família, não obstaculiza, obviamente, o acréscimo ou a eliminação de certos apelidos, mormente quando a pretensão busca, na verdade, preservar os nomes de seus ascendentes. Essa vedação tem o sentido exatamente contrário, qual seja o de impedir que o requerente se desvincule de sua família. O que não é o caso da apelante. Ademais, deve ser lembrado que, em matéria de emprego de nomes, na falta de regra expressa a respeito da adoção dos apelidos dos pais, impera a tradição. Inobstante (sic) os argumentos aduzidos pelo prolator da sentença e pelos representantes do Ministério Público, **entendo que os motivos invocados são razoáveis, podendo, assim, a**

> **pretensão ser enquadrada na excepcionalidade prevista no artigo 57, da Lei dos Registros Públicos, sendo, assim, lícita e admissível.** Quando do julgamento da apelação cível n.º 595026196 tive a oportunidade de salientar que, pelo exame dos dispositivos que regem a matéria, que foram acima citados, **apenas o prenome é imutável, podendo, assim, o nome ser alterado, desde que a alteração se apresente motivada.** É o caso dos autos, já que **a pretensão busca homenagear os ascendentes. E a homenagem que se pretende prestar aos avós maternos não pode ser repelida.** Retificação que, ao contrário do entendido, não desfiguraria o nome da autora, não dificultaria a identificação imediata da origem dos respectivos titulares e, muito menos, não caracterizaria ameaça concreta à segurança jurídica que o nome de cada um proporciona à sociedade. (O TJ/RS, Des. Tael João Selistre, Ap Cível n.º.033.810, sessão de 22.05.97, na 3ª Câmara Cível). (grifos nossos) (BRASIL, 2008e)

Por seu turno, na Ap. Cível, nº 1997.013250-6, o Des. Gaspar Rubik, do TJ/SC, decidiu:

> *RETIFICAÇÃO* DE *REGISTRO* CIVIL - PEDIDO DE INCLUSÃO DE SEGUNDO PRENOME OU, TECNICAMENTE, DE *SOBRENOME*, QUE NÃO SE CONFUNDE COM O PATRONÍMICO OU APELIDO DE FAMÍLIA- RECURSO PROVIDO. (Data: 26/03/1998) (BRASILf)

Alguns dispositivos infraconstitucionais revelam a presença, na linguagem das normas jurídicas, de signos e expressões vagos e essa circunstância torna a atividade de interpretação e aplicação do Direito, sobretudo na jurisprudência, bastante implicada com os valores morais, culturais, econômicos, sociais e políticos de uma comunidade.

5. O Alcance Conceitual da Expressão "Motivadamente": uma revelação hermenêutica.

A grande discussão acerca da admissibilidade ou não do acréscimo de sobrenome, objetivando a homenagem a ascendentes por descendentes, tem sua gênese na expressão "motivadamente", constante do art. 57 da Lei 6.015/73, cuja interpretação atribuída em alguns julgados vem se revelando contrária aos ditames da hermenêutica jurídica pós-positivista.

O Direito, como instrumento de comunicação que é, traz em si um forte poder de violência simbólica, expressado por meio dos signos lingüísticos contidos nas normas jurídicas. Sob este prisma, o signo deve ser visto não como uma unidade semântica isolada, mas como uma idéia de ligação significativa de certos conjuntos de signos lingüísticos.

Partindo de uma análise do signo lingüístico "motivadamente", fincada na trilogia semiótica, que é subdivida em semântica, sintática e pragmática, chega-se ao alcance conceitual de tal expressão.

No plano semântico, os termos lingüísticos são considerados em seu aspecto referente à realidade e ao contexto em que são colocados, buscando-se o significado e o sentido da palavra, também por meio do dicionário, posto que, em algumas vezes, a palavra é imprecisa, ainda mais quando integrante da norma jurídica formulada por meio de orações e enunciados vagos.

Nesta linha, a expressão "motivadamente", sob a luz do dicionário, significa "expor ou explicar a razão ou motivo de; fundamentar." (FERREIRA, p.1988). No entanto, a semântica da linguagem do Direito não se resume apenas em um tecnicismo oriundo de dicionário, mas também na evolução e dinâmica dos conceitos, materializadas na contínua elaboração de leis, as quais criam e recriam novas terminologias, para representarem novos fatos jurídicos, objeto de estudo da doutrina e da jurisprudência que, ininterrupta e elogiosamente, no pleno exercício da hermenêutica, fixam diretrizes interpretativas das novas expressões incorporadas à linguagem do Direito. Destaca Ferraz Júnior (2007, p. 256) que: "A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa dogmática da hermenêutica."

Assim, norteado por uma hermenêutica coerente com a evolução do Direito, não se pode conceber o equivocado entendimento de que o signo "motivadamente" implicitamente signifique o sintagma "motivo justo", como se vem fazendo aleatoriamente. Ainda mais porque "motivo justo", para a hipótese de requerimento de acréscimo de sobrenome, tem sido erroneamente interpretado como "capricho pessoal", "mero capricho", "ausência de motivação séria e excepcional". Entretanto, nesses casos, o princípio a ser aplicado é o de que deve, em regra, ser deferida a retificação do nome quando, além de não ser expressamente proibida por lei, melhora a situação social do interessado e não acarreta prejuízo à ordem pública nem a terceiro.

No plano da sintática, sob os ventos da interpretação gramatical, o vocábulo é considerado a partir do sistema no qual está inserido, observando-se uma determinação dos múltiplos sentidos das expressões utilizadas no Direito. Na concepção de Ferraz Júnior (1991), as questões sintáticas dizem respeito a problemas de conexão das palavras nas sentenças: questões léxicas; e à conexão de uma expressão com outras dentro de um contexto: questões lógicas; e à conexão das sentenças num todo orgânico: questões sistemáticas.

A primeira questão analisada pelo aludido jurista vem afirmar que a ordem das palavras e a forma pela qual elas estão atreladas no texto são de suma relevância para se extrair o significado da norma. Com base nessa premissa, ao verificar-se o texto do art. 57, nota-se que a palavra "motivadamente" está ao lado da expressão "por exceção e". Daí uma das causas de atribuir-se àquele vocábulo um sentido negativo como o é este último. É a partir disso que alguns operadores do Direito, de maneira infeliz, defendem que a expressão "motivadamente" quer significar, para a hipótese de acréscimo do sobrenome, o sintagma "motivo justo", que, por sua vez, estaria relacionada somente às situações excepcionais de alteração de prenome.

Não se leva em conta, em vista dessa má interpretação, que os motivos que impulsionam os jurisdicionados a buscarem no Judiciário a modificação, por mínima que seja, de algo tão pessoal quanto o próprio nome, são, algumas vezes, de foro

exclusivamente íntimo, sem correspondência, portanto, a uma situação objetiva necessariamente de dificuldade ou humilhação - a excepcionalidade supramencionada. Apenas quem requer tal acréscimo pode mensurar o quanto lhe afeta constar em seu nome o sobrenome daqueles que tanto contribuíram para a sua formação como pessoa humana.

Ademais, de relação à partícula aditiva "e", presente na locução "por exceção e motivadamente", segundo Vilanova (1969), sua função sintático-gramatical tem relevância formal e, por vezes, confere ambigüidade ao texto, o que compromete a significância de outras palavras a ela conectadas.

No terceiro e último plano, dentro dos estudos da semiótica ou semiologia, tem-se a pragmática, nascida da relação firmada entre os signos e as pessoas que deles se utilizam, a fim de que a comunicação entabulada entre os comunicadores alcance a sua finalidade: a sua exata compreensão nos moldes em que foi transmitida. Sob este enfoque, e voltando-se para a temática proposta, questiona-se, por exemplo, como é que o emissor e o receptor do elemento lingüístico "motivadamente" funcionam ao emitir e receber essa mensagem? A resposta está em analisar-se como as pessoas se utilizam desse signo dentro do contexto real e prático em que estão inseridas.

Isto quer dizer, de modo simples, que o termo "motivadamente" está relacionado, na prática, com a exposição de um motivo, de uma razão que justifique a existência de determinado fato ou prática de certo ato, neste caso o pedido de acréscimo de sobrenome no intuito de prestar homenagem a ascendente. Ao Poder Judiciário e ao Parquet, este como custos legis, apresentado o motivo, basta a certeza de que o pleito não visa, em última análise, a lograr objetivos torpes ou ilícitos, certeza esta passível de fiscalização, por meio da vasta gama de documentos oficiais que são aptos a comprovar ou não a idoneidade do postulante.

Dessa forma, é imperioso frisar que ainda que se presuma uma motivação unicamente moral a mover a pretensão ora discutida, em momento algum se pode retirar parte de seu substrato jurídico, sob pena de se estar ferindo parcela do patrimônio moral do ser humano, a sua dignidade.

6. A Homenagem aos Ascendentes como Motivo Razoável a Justificar o Acréscimo de Sobrenome e a Equivocidade Interpretativa de Alguns Magistrados e Membros do *Parquet*: um retrocesso hermenêutico?

Causa de perplexidade e estranheza aos jurisdicionados têm sido algumas divergentes decisões emanadas dos tribunais e alguns pareceres do MP acerca de uma só temática posta à apreciação. Ou seja, expostos os mesmos fatos e fundamentos, diante dos mesmos elementos normativos, pessoas diversas chegam a conclusões distintas. A partir dessa complexidade estabelecida, busca-se não a interpretação e decisão corretas, mas uma argumentação consistente, pautada numa miríade de soluções plausíveis e razoáveis, que envolvam a técnica da ponderação de valores. (BARROSO e BARCELOS, 2005)

Como a hermenêutica constitui-se "um poder de violência simbólica que faz a lei falar" e o magistrado é quem, legitimamente, interpreta a norma, torna-se necessário que este, assim como os membros do *Parquet*, lancem mão dos elementos hermenêuticos para que realizando a correta aplicação da lei. Destarte, admitir-se o argumento de que o requerimento de acréscimo de sobrenome representa "mero capricho pessoal", não tolerado pelo Direito, é retroceder no tempo e dizer-se que a expressão "direitos do homem" refere-se ao ser humano apenas no seu aspecto psicofísico, sem se levar em conta a possibilidade de se interpretar a norma de forma extensiva, facultando "ao intérprete o exercício do seu poder de violência simbólica". (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 308 -318)

De outro lado, instituir a sinonímia entre os signos "motivadamente" e o sintagma "motivo justo", defendendo que a homenagem aos ascendentes não é "motivo justo" e "razão relevante" a embasar o acréscimo de sobrenome, soa por demais incoerente com a dinâmica do Direito e das relações sociais, que privilegiam a necessidade de se estabelecer o diálogo das fontes, para se alcançar o fim social da norma e afastar esse tecnicismo cego (VIEHWEG, 1979), sem perder de vista, no entanto, a racionalização do Direito (PERELMAN, 1998).

De fato, a pretensão explicitada durante este trabalho encontra-se satisfatoriamente motivada, considerando-se que tal intento, fazer acrescer ao nome o patronímico de ascendente remoto, justifica-se, sim, como homenagem justa, motivo justo, plausível, razoável e legítimo, em face da inegável, notória e urgente necessidade de resgatar e estreitar as relações familiares as quais estão se esfacelando cada vez mais. É esta uma forma legal e louvável de manter os laços com o passado, inclusive.

Em percuciente ensinamento, José Serpa de Santa Maria (1987, p.132) sintetiza a razoabilidade do pedido de acréscimo de sobrenome:

> A finalidade do nome civil, como já deflui de sua própria significação, é servir para distinguir as pessoas humanas de uma mesma sociedade, durante a sua vida e até após a morte, pela memória que se fixa através de seus sucessores e da estima e mérito pessoal. Muitas vezes o nome adquire tal respeitabilidade pela tradição que cria, que serve também para dignificar o seu portador, com um escopo secundário e variável'.

A 2ª Câmara Cível do TJ/RS, ao julgar a apelação de nº 70003837887/2002, em elogiosa argumentação, firmou o seguinte posicionamento sobre a importância de se homenagear os ascendentes pelo argumento aqui proposto:

> CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. INCLUSÃO DO PATRONÍMICO AVOENGO MATERNO.ADMISSIBILIDADE. **É razoável a pretensão de alteração do nome, com vistas ao acréscimo do patronímico de ascendente avoengo materno, com o objetivo de dar continuidade ao nome da sua família.** Hipótese que não encontra vedação legal, mormente quando se busca preservar os nomes dos ascendentes. Excepcionalidade amparada pelas disposições do art. 57 da Lei dos Registros Públicos - Lei n.º 6.015/73. [...]

> Nos exatos limites em que a pretensão da requerente foi posta nos autos - "No intuito de prestar uma verdadeira homenagem póstuma à matriarca de sua família, vislumbra a Requerente incluir em seu nome o patronímico materno "Martins", diante dos laços de sangue e afeto que guarda com seus ascendentes" (fl. 03 – 4.º parágrafo) -, **ENTENDO-A RAZOÁVEL.** ***Acredito, pois, que além da pretendida homenagem ao patronímico avoengo materno, preocupa-se a requerente com a perpetuação do nome dos seus antepassados, inclusive para que se evite o esquecimento da sua origem e do seu vínculo com os mesmos.*** **Isto posto, dou provimento ao apelo, determinando-se a inclusão do patronímico avoengo materno "MARTINS" ao nome da apelante, que então passará a se chamar DANIELA MARTINS ZILIOTTO ALVES**." (grifos nossos)

E mais:

> **APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ACRÉSCIMO DO APELIDO MATERNO QUE NÃO LHE FOI DADO QUANDO DE SEU REGISTRO DE NASCIMENTO. POSSIBILIDADE. [...] Se a pretensão da apelada não traz qualquer prejuízo, mas, ao contrário, está na busca do resgate de sobrenome tradicional de sua família**, mantém-se a decisão recorrida. Precedentes. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70013442801, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 05/04/2006) (José Ataídes Siqueira Trindade - 05/04/2006 – 70013442801) (grifos nossos)

Infelizmente, a limpidez e a fácil perceptibilidade dos textos legais, principalmente da LRP, não têm impedido decisões de tribunais inadmitindo a possibilidade de acréscimo de sobrenome nos moldes aqui defendidos. Uma minoria que se encontra presa aos ditames de um positivismo já execrado, a uma interpretação equivocada da norma.

Ademais, a expressão "qualquer alteração posterior", também contida no artigo 57 da Lei 6.015/73, não é restritiva e sim extensiva, no sentido de permitir tanto o acréscimo, quanto a retirada de patronímico, desde que tal alteração não conduza à perda de personalidade, à impossibilidade de identificação da pessoa nem prejudique a terceiros. Não demonstrada pelo menos a probabilidade de qualquer dessas conseqüências, nada obsta ao deferimento de retificação do nome no registro civil.

Esta pretensão está enquadrada no rol dos chamados direitos potestativos, cujo exercício está condicionado à mera manifestação de vontade dos requerentes, cabendo ao Judiciário, tão-somente, analisar a ausência de prejuízo ao interesse público e aos apelidos de família, para, então, conceder-se.

Diante disso, ultrapassada a era positivista e já mergulhados no pós-positivismo, é de se considerar um verdadeiro retrocesso hermenêutico não se admitir a possibilidade de inclusão de sobrenome em descendente que pretende homenagear ascendente, preservando, assim, a sua linhagem familiar. Esse entendimento, fundado em uma interpretação assaz formalista e restritiva, acaba por rechaçar a necessidade de se fazer uma interpretação sistemática da norma ao se deparar com conceitos discricionários.

7. Considerações Finais

Em seus poemas metalingüísticos, cantava Carlos Drummond de Andrade que "lutar com palavras é a luta mais vã. No entanto, lutamos mal rompe a manhã". A palavra, seja escrita ou falada, promove a comunicação humana e se torna complexa quando mal contextualizada ou, apesar de bem contextualizada, é mal interpretada.

O problema da linguagem, sua utilização e interpretação, sempre foi tema de debates acirrados, desde os sofistas, pré-socráticos e socráticos, até os novos paradigmas do pensamento hermenêutico, que passaram da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem (STRECK, 2005), esta voltada para o processo pelo qual a realidade é construída e para a própria finalidade a que a linguagem serviria. (GADAMER, 1997)

O signo lingüístico "motivadamente", constante do art. 57 da LRP, é um primoroso exemplo de equivocada compreensão hermenêutica por parte de alguns magistrados e membros do MP, os quais não só confundem a imutabilidade do prenome com a do sobrenome, como também não concebem a homenagem aos ascendentes e, por conseqüência, a preservação de linhagem, como "motivo justo" a embasar a adição de sobrenome.

Em realidade, o que não existe é "justo motivo" para negar-se tal pleito, haja vista não se configurar, *in casu*, ofensa à ordem pública brasileira nem prejuízo a terceiros e aos apelidos de família. Ao contrário, a nobreza desse gesto deve ser amparada e resguardada pelo Direito, o qual, numa vertente menos dogmática e mais zetética, cabe estabelecer um diálogo entre as fontes sociológicas, históricas, filosóficas e antropológicas postas ao intérprete, para que, então, se reconheça o pedido de acréscimo de sobrenome como mais um caminho restaurador dos laços familiares que, a cada dia, são mais esfacelados ante a contínua desconstituição dessa célula *mater* da sociedade, e objeto de especial proteção do Estado, na forma do disposto no art. 226 da Carta Política.

Ressalte-se, outrossim, que não sendo constatado objetivo de alteração desvalida nem vestígio e insinuação de inidoneidade no requerimento em tela, a palavra do postulante e a comprovação documental, quanto ao desejo de assinar o sobrenome de ascendente, merece ser respeitado. A procedência do pedido é solução razoável e permitida.

Afirmar-se ser mero capricho pessoal, não tolerado pelo Direito, a pretensão *sub oculi* é retroceder a uma era já sepultada e banida até mesmo pelo positivismo e os seus arcaicos métodos de interpretação. Quem assim entende, *concessa maxima venia*, parece ter se esquecido de que, hodiernamente, se respiram os ares do pós-positivismo, em que o intérprete se orienta pelo substrato ético-social, engendrando, historicamente, a reconstrução do Direito, com supedâneo nos referenciais axiológicos nascidos dos princípios jurídicos. (DWORKIM, 2002; ALEXY, 2001; PERELMAN, 1998)

8. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentalis.* Tradução Ernesto Garzón Valdís. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 2001.

BETTI, Emílio. *Teoria Generale della Interpretazione.* Milão, Giuffrè, 1990.

BRASIL. *Constituição do. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988***.** São Paulo: Saraiva, 2006a.

_____. Lei n. 6.015, de 12 de fevereiro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. In: _____. Presidência da República – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm Acesso em: 10 de junho de 2008a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP 40138-Minas Gerais. Relator: M. Castro Filho. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((‘RESP’.clap.+ou+’RESP’.clas.)+e+@num=’401138’)+ou+(‘RESP’+adj+’401138’.suce.). Acesso em: 15/06/08b.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ap. Cível nº 1.072.05.220409-7/001. Comarca de Uberlância. Rel. Des. Caetano Levi Lopes. DJU 06/09/2006. Disponível em: http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0702&ano=5&txt_processo=220409&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta. Acesso em: 16/06/08c.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ap. Cível nº. 1.0518.03.043527-6/001. Rel. Des. Belizário de Lacerda. DJU 28/05/2004. Disponível em:.http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0518&ano=3&txt_processo=43527&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta= Acesso em: 16/06/08d.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Cível nº. 033.810 Rel. Des. Tael João Selistre. DJU 22/05/1997. Disponível em: http://www.tj.rs.gov.br/. Acesso em: 16/06/08e.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ap. Cível nº. 1997.013250-6. Rel. Des. Belizário de Lacerda. DJU 28/05/2004. Disponível em: http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/VerIntegra.do?p_id=AAAG5%2FAATAAAE2EAAL&p_query=inclus%E3o+e+sobrenome+e+retifica%E7%E3o&corH=FF0000. Acesso em: 16/06/08f.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei dos Registro Públicos.* 4ª ed., Rio de Janeiro:Forense, 1997.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf#search=%22luis%20roberto%20barroso%20e%20ana%20paula%20barcello%20o%20come%C3%A7o%20da%20historia%22. Acesso em 05/07/2008

CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada.* 13ª ed. São Paulo: Saraiva,1999.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado.* 9º ed. rev e atual, de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito.* São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito.* São Paulo: Atlas, 1991.

FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. *Interpretar.* In: FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa.* Nova Fronteira, 1988.

GADAMER, Hans-Georg.*Verdade e método:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Heurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes 1997.

_____.*O problema da consciência histórica.* Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Lei de registros públicos comentada.* 7. ed. São Paulo, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HUBER, Clovis. *Registro Civil de Pessoas Naturais.* São Paulo: Editora do Direito, 2004..

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Novo código civil anotado,* 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 161.

PERELMAN, Chäim. *Tratado da Argumentação.* São Paulo: Martins, 1996.

_____. *Lógica Jurídica:* Nova Retórica. São Paulo: Martins, 1998.

QUINTANILHA, Waldner Jorge - *Registro civil das pessoas naturais***.** Rio de Janeiro: Forense, 1981

R, LIMONGI FRANÇA. *Do Nome Civil das Pessoas Naturais.* 3.ed. Revista dos Tribunais, pág. 346.

SANTA MARIA, José Serpa. *Direitos de Personalidade e a Sistemática Civil Geral.* Julex Livros:1987, p. 132.

SCHLEIERMACHER F. D. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação.* Petrópolis: Vozes. 1999

SWENSSON, Walter Cruz. *Lei dos registros públicos anotada.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

STRECK, Luís Lênio. *Hermenêutica Jurídica e (m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência.* Trad. De Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILANOVA, Lourival. *Teoria das formas sintáticas.* Revista estudos universitários, 1969.

REFLEXÕES SOBRE O ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares[1]

A questão da escassez de recursos econômicos como limite ao implemento estatal dos direitos fundamentais sempre desafiou a comunidade jurídica. A resposta a esse questionamento está intrinsecamente ligada ao exame do argumento da reserva do possível, a partir do qual se vislumbram tanto o alcance da eficácia dos direitos fundamentais quanto o papel do Poder Judiciário no amparo das pretensões positivas dos sujeitos de direito.

Descrevendo esse cenário complexo de efetivação dos direitos fundamentais, refere Gustavo Amaral [1] que, como os direitos fundamentais valem para todos os que estão em condições de recebê-los, mas os montantes econômicos para o atendimento das demandas são finitos, surge um conflito específico por pretensões positivas, no qual será necessário tomar decisões trágicas sobre a destinação dos recursos escassos do Estado.

Descrevendo esse cenário complexo de efetivação dos direitos fundamentais, refere Gustavo Amaral [1] que, como os direitos fundamentais valem para todos os que estão em condições de recebê-los, mas os montantes econômicos para o atendimento das demandas são finitos, surge um conflito específico por pretensões positivas, no qual será necessário tomar decisões trágicas sobre a destinação dos recursos escassos do Estado.

A teoria da reserva do possível exprime um lugar-comum (topos) da jurisprudência constitucional alemã, que assevera que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos econômicos, ao mesmo tempo em que a decisão sobre a sua disponibilidade financeira resta situada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares relativas à composição dos orçamentos públicos.

Com efeito, segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, os direitos sociais a prestações positivas estão sujeitos à égide da reserva do possível, exprimindo o sentido daquilo que o sujeito de direito, de modo racional, pode almejar da sociedade, impossibilitando o atendimento das exigências individuais acima de um razoável limite básico de satisfação dos direitos fundamentais.

Conforme assinalam J. J. Canotilho e Vital Moreira [2], a efetivação dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais se relaciona com uma reserva do possível no campo dos recursos econômicos, porquanto a elevação do nível da realização dos direitos fundamentais prestacionais resta sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado pelo Estado para esse desiderato.

Nessa perspectiva, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos fundamentais, mormente aqueles de natureza social, que demandam prestações positivas dos órgãos estatais, tais como a saúde, a educação, a moradia, o lazer, o trabalho, a previdência e a assistência social.

Seguindo essa linha de raciocínio, faltaria aos juízes não somente a legitimidade democrática como também a competência necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, submetidas, muitas vezes, a condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para solucionar a questão no âmbito estrito da interpretação e argumentação jurídica.

Sucede, contudo, que o argumento da reserva do possível não deve ser utilizado indiscriminadamente para qualquer situação concreta em matéria de direitos fundamentais, sem a necessária consideração da realidade social, pois não se afigura difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política orçamentária e financeira, mitigando a obrigatoriedade do Estado em cumprir os direitos fundamentais, especialmente aqueles direitos sociais de cunho prestacional, que, por conseguinte, restariam inoperantes.

Daí porque merece guarida o pensamento de Robert Alexy [3], para quem, no sistema jurídico tedesco, os direitos fundamentais são posições jurídicas tão relevantes que a sua concessão ou denegação não podem ficar nas mãos da simples maioria parlamentar. Logo, a questão de saber quais os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui é uma questão de ponderação de bens e valores constitucionais, passível, portanto, de controle jurisdicional. O princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, tanto quanto os princípios democrático e da separação dos poderes, não figuram como absolutos, sendo possível que as pretensões individuais apresentem mais peso que as razões de política financeiras que constituem a reserva do possível.

Pode-se dizer, por isso mesmo, que a importação ao Brasil da doutrina alemã de interpretação dos direitos sociais ocorreu de forma irrefletida, porquanto a não-inclusão dos direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn, tomada como paradigma para a negação do caráter fundamental dos direitos sociais, decorreu de circunstâncias próprias da experiência fracassada do Constitucionalismo de Weimar, que desembocou no enfraquecimento da força normativa daquela Carta Magna e não na renúncia ao seu ideário progressista.

Como bem assinala Andreas Krell [4], a reserva do possível figura como uma verdadeira falácia no sistema jurídico brasileiro, a qual decorre de um Direito Constitucional

1 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Roma. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito (Especialização/Mestrado/Doutorado) da Universidade Federal da Bahia. Professor e Coordenador do Núcleo de Estudos Fundamentais da Faculdade Baiana de Direito. Professor do Curso Juspodivm e da Rede Telepresencial LFG. Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-Ba. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia.

Comparado equivocado, cuja importação não se harmoniza com a opção político-ideológica do legislador constituinte, que formulou uma opção inequívoca pelo intervencionismo estatal no campo sócio-econômico, baseado no modelo do constitucionalismo dirigente e na busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Ao revés, se os recursos financeiros do Estado brasileiro não são suficientes, devem ser, em verdade, retirados de outras áreas menos prioritárias, tais como o custeamento de verbas extras de gabinetes governamentais ou parlamentares, onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais para a realização da vida digna do ser humano.

Ademais, afigura-se inconsistente a visão tradicional em matéria de direitos fundamentais segundo a qual, para o erário público, a implementação dos direitos sociais é sempre mais custosa que a garantia dos direitos individuais dos cidadãos, como se a tutela das liberdades básicas só exigisse uma simples postura abstencionista do Estado, nos moldes preconizados pelo liberalismo econômico.

É o que advertem os juristas Stephen Holmes e Cass Sunstein [5], os quais, embora ideologicamente liberais, reconhecem que todos os direitos fundamentais, individuais ou sociais, exigem o aporte econômico pelo Estado, desfazendo-se a distinção extremada entre direitos negativos e direitos positivos, ante a constatação dos custos resultantes da efetividade de direitos fundamentais de primeira dimensão/geração. Isso porque a manutenção de uma estrutura de fiscalização de direitos individuais como a vida, a propriedade ou a segurança pública reclama, necessariamente, investimentos em recursos materiais e humanos, afastando a falsa percepção de que não onerariam o patrimônio público.

Eis as inúmeras razões que justificam o exame crítico do argumento da reserva do possível pelos intérpretes da ordem jurídica pátria. Decerto, somente uma nova jurisdição constitucional pode maximizar o alcance progressista e emancipatório do princípio constitucional da dignidade da pessoa, sem o qual restará frustrada a legítima expectativa de materialização de um Direito mais justo.

---

[1] AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73.

[2] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 31. [3] ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CEPC, 2002, p. 494.

[3] ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CEPC, 2002, p. 494.

[4] KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 47.

[5] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999, p. 10.

Capítulo II
Artigos do Corpo Docente da Unirb

Aline Alves Bandeira
Carla Miranda Guimarães Oliveira
Dejair dos Anjos Santana Júnior
Jaylla Maruza R. S. e Silva

O DIREITO INFORMACIONAL BRASILEIRO E A POLÍTICA DE ARQUIVOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA, POLÍTICAS DE ARQUIVOS E A GESTÃO INFORMACIONAL VIGENTE NO BRASIL

Prof.ª MSc. Aline Alves Bandeira[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Noções históricas acerca da política de arquivos - 3. O Direito Informacional no Brasil - 4. Direito Informacional e os Documentos Secretos do Presidente da República: a regulação pela Lei N.º 8.394/1991 e os aspectos polêmicos da legislação arquivística vigente no Brasil - 5. A política de segurança da informação no Brasil - 6. O Comitê Executivo do Governo Eletrônico - 7. O direito à informação e o papel da Casa Civil no que tange à disponibilização da informação - 8. Conclusão

1. Introdução

Este artigo científico trata de estudos consignados no Mestrado realizado pela autora em Ciência da Informação, na Universidade Federal da Bahia (UFBA), o qual foi defendido em Agosto de 2007.

Ab initio, traz-se referência ao contexto histórico da legislação brasileira, no que concerne ao Direito Informacional.

Segundo BOBBIO (2005, p. 43) a relação jurídica é caracterizada não pela matéria que constitui o seu objeto, mas pela maneira que os indivíduos se portam um em face do outro. Dado o vínculo entre a relação jurídica e a norma jurídica, surge a concepção de que uma norma é jurídica porque está regulada pelo direito.

A sociedade da informação poderia ser entendida como aquela em que o regime de informação caracteriza e condiciona todos os outros regimes sociais, econômicos, culturais, das comunidades e do Estado. Nesse sentido, a centralidade da comunicação e da informação produziria a maior dispersão das questões políticas da informação, perpassada e interceptada por todas as outras políticas: as públicas e as informais, as tácitas e as explícitas, as diretas ou indiretas (GÓMEZ, 1999).

Portanto, o presente artigo científico apresenta uma pequena parte da pesquisa científica realizada em grau de Mestrado, a qual consubstanciou o estudo do Direito, da Arquivologia e da Ciência da Informação. No sentido de formar uma profunda análise acerca do Direito Informacional, de acordo com o estudo e todas as Constituições do Brasil, das legislações internacionais oriundas da ONU, bem como o estudo da vigente Legislação de Arquivos do Brasil.

A Carta de Preservação do Patrimônio Digital regulamentada pelo CONARQ mediante a Portaria da UNESCO de N.º 259, de 2 de setembro 2004 (BRASIL, 2004), criou o Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da UNESCO.

1 Mestre em Ciência da Informação pelo Instituto de Ciência da Informação (ICI) da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Administrativo Público pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogada e Consultora Jurídica. Ex- Delegada de Polícia Civil do Estado da Bahia.

Na Carta de Preservação do Patrimônio Digital (BRASIL, 2004) estão apontadas políticas relativas à gestão arquivística de documentos, "com o objetivo de garantir a produção e manutenção de documentos fidedignos, autênticos, acessíveis, compreensíveis e preserváveis". São consignados aspectos referentes à capacitação dos sistemas de produção e à acumulação de arquivos, à capacitação de recursos humanos, ao fortalecimento das organizações produtoras e acumuladoras de documentos. Aponta-se o governo eletrônico no que se refere à definição de estratégias, padrões e normas de gestão, preservação e acesso a documentos e informações, conforme orientação do Conselho Internacional de Arquivos e da UNESCO.

2. Noções históricas acerca da política de arquivos

Com o passar do tempo, haja vista a necessidade atinente à organização, à previsão legal e à efetivação das políticas públicas direcionadas ao acesso e à disponibilização das informações contidas em documentos de arquivos.

O primeiro país que legislou especificamente sobre o acesso a documentos foi a França, pelo Decreto de 25 de junho de 1794 (Lei 7 Messidor, do ano II), o qual determinou o acesso de arquivos aos cidadãos, mediante visita com agendamento prévio. Significou a mudança de concepção do arquivo: este deverá servir à coletividade, e não somente ao Estado (COSTA, 2004).

Em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos o acesso a documentos deixou de ser privilégio de historiadores e passou a ser um direito do cidadão. O art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos preceitua que ninguém poderá ser objeto de intromissão arbitrária na sua vida privada, sua família, seu endereço ou correspondência, nem ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda a pessoa tem direito a proteção da lei contra as injustiças ou ataques. A democracia se desenvolve e justifica o respeito à privacidade das pessoas que formam parte dela.

Por sua vez, a LFTAIPG (Lei Federal de Transparência e Acesso para a Informação Pública Governamental) do México prevê o direito de acesso da informação. Todos os trabalhadores públicos deverão prestar contas para a cidadania. O acesso à informação cria condições para que os cidadãos mexicanos supervisionem o âmbito governamental.

No Brasil foi prevista a guarda de documentos públicos pela Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824 (BRASIL, 1824), composta de 179 artigos, que dispunha em seu art. 70:

> Assignada a lei pelo Imperador, referendada pelo Secretário de Estado competente, e sellada com o Sello do Império, se guardará o original no Archivo Público, e se remetterão os Exemplares della impressos a todas as Câmaras do Império, Tribunaes, e mais Logares, aonde convenha fazer-se pública (BRASIL, 1824).

A Constituição Política do Império brasileiro criou o Arquivo Imperial para a guarda destas leis, de documentos referentes ao Estado imperial. Esta guarda de documentos públicos foi prevista no Regulamento N.º 2, de 2 de janeiro de 1838, o qual designava que os documentos de arquivo eram de uso exclusivo do Imperador, de seus ministros ou de pessoa de sua inteira confiança. Mesmo assim, o Império desenvolveu uma sistemática de arquivamento que serviu de base para o atual Arquivo Nacional, entretanto, a política de arquivos passou incólume no período referente à República Velha, além do fato de que não se adequou às exigências do Estado moderno (BASTOS, 1990).

A Constituição Republicana de 1891 não aludiu ao arquivamento documental, nem à preservação do patrimônio da história nacional.

A inexistência de dispositivos legais sobre a questão do acesso às informações arquivísticas não impediu, entretanto, que houvesse por parte do Estado brasileiro, uma grande preocupação com o sigilo, objeto de sucessivos decretos. No período republicano, a questão do segredo de Estado esteve regulada pelos Decretos N.º 1.801, de 1936; 27.583, de 1949; 60.417, de 1967 e, finalmente, o famoso 79.099, de 1977, conhecido como 'Decreto Geisel', que vigorou até 1997, quando foi revogado pelo 2.134/97 (COSTA, 2002).

Insta ressaltar que o Decreto N.º 2.134, de 24 de janeiro de 1997, foi revogado pelo Decreto N.º 4.553, de 27 de dezembro de 2002 (BRASIL, 2002), o qual também revogou o Decreto de N.º 2.910, de 29 de dezembro de 1998, e o Decreto N.º 4.497, de 4 de dezembro de 2002.

No âmbito jurídico, os anos trinta foram marcados pela Constituição Federal de 1934 (BRASIL, 1934) e pela Constituição Federal de 1937, as quais não se referiam à proteção documental.

Promulgou-se o Decreto-lei N.º 25, de 30 de novembro de 1937, regulamentado pelo Decreto-Lei N.º 3.365/41. Este Decreto-lei N.º 25/37 traça linhas da política de proteção patrimonial brasileira, que ainda não estava destinada à preservação da documentação pública. Assim, embora haja o tratamento legal para a questão patrimonial de documentos, em especial ao tombamento, não existia a previsão jurídica para a preservação do patrimônio documental brasileiro. Este Decreto-lei N.º 25/37 ao ser regulamentado pelo Decreto-Lei N.º 3.365/41 considera que a conservação adequada de documentos é de utilidade pública (BASTOS, 1990).

A Constituição Federal de 1946 (BRASIL, 1946) se refere à proteção documental, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, limitando-se ao patrimônio documental enquanto de valor histórico (BASTOS, 1990).

A Constituição Federal de 1967 (BRASIL, 1967), datada de 24/1/1967, que entrou em vigor em 15/3/1967, não tratou da política de arquivo.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) em seu art. 216 indica que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação,

à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem, no inciso IV, as obras, os objetos, os documentos, as edificações e os demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais. Também alude no § 2.º do citado artigo que cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem; no § 4.º preceitua que os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei; já no § 5.º há o tombamento de todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Posteriormente à Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) nascem as questões relacionadas ao acesso aos documentos de pesquisa, à documentação de produção administrativa corrente, como também ao acesso da informação nas suas vertentes principais: o acesso às informações documentais de interesse público e o acesso às referências informatizadas sobre a privacidade individual. A celeuma acerca do acesso à informação de natureza privada açambarcou também aspectos de natureza política e existencial, a exemplo do direito à privacidade. Nota-se que existe uma relação entre a questão conceitual do arquivo, a organização institucional na seara arquivística e a questão do acesso e do sigilo, no sentido de democratizar e garantir o acesso aos documentos públicos e de pesquisa, sem violar a segurança do Estado e da sociedade (BASTOS, 1990).

Desta forma, Jardim (2003) define como políticas públicas arquivísticas as premissas, decisões e ações da administração pública que tenham por base o interesse social, em diferentes áreas, como a legislação, a administração, a ciência, a cultura, a tecnologia, dentre outras, relativas à produção, ao uso e à preservação da informação arquivística de natureza pública e privada.

O Sistema Nacional de Arquivos deve garantir a uniformidade técnica de todos os arquivos públicos e privados, através de normas arquivísticas veiculadas pelo Arquivo Nacional. O sistema arquivístico depende de fatores como o volume de documentos, a freqüência de consultas e a rapidez desejada. Já o sistema centralizado se refere à concentração de documentos e das atividades de recebimento, registro distribuição, movimentação e expedição de documentos de uso corrente em um mesmo local e órgão da estrutura organizacional.

Jardim (1995, p. 30) indica como componentes do "sistema integrado de arquivo": legislação normalizadora de aspectos interiores e exteriores ao sistema, dos direitos e obrigações de usuários e do patrimônio documental; os arquivos; os documentos, conforme o ciclo vital; a informação em seu círculo interno (no âmbito da organização produtora) e externo (outros arquivos e centros de informação).

Mesmo que em 1995 ainda não houvesse sido regulamentado o sistema nacional de arquivos no Brasil, Jardim (1995, p. 144) apontava a necessidade da redefinição das políticas públicas de arquivo, com a participação da sociedade, de instituições arquivísticas, de instituições de ensino e pesquisa, a fim de que se rompa o isolamento periférico no Estado, o qual ocupa "o centro de uma ordem não imaginária em cujo território seja possível cartografar também os relevos da cidadania".

3. O Direito Informacional no Brasil.

Mediante o estudo exploratório da Lei de Arquivos, que é a Lei N.º 8.159, de 9 de janeiro de 1991, e das suas regulamentações, nota-se que existem mecanismos que dificultam a efetivação do Direito Informacional.

A presente autora aduz quatro pressupostos no Direito Informacional brasileiro hodierno.

O primeiro pressuposto se refere à prerrogativa constitucional vigente que preconiza que a sociedade tem o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou coletivo ou geral, prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas as informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988).

A livre circulação da informação é o preceito adotado pela CF-88, consoante prevê o inciso XXXIII, do art. 5.º, com exceção às informações relativas à segurança da sociedade e do Estado. Está assegurado o acesso à informação como um direito inerente à sociedade de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral.

O acesso à informação é de notória importância, de tal forma que por lei é garantida, gratuitamente, a possibilidade de peticionar aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Existe inclusive a possibilidade de fixação de prazo para que o indivíduo receba informações de interesse particular ou de interesse coletivo, contidas em documentos de arquivos públicos, que serão prestadas no termo da lei, sob pena de responsabilidade da autoridade que se negar a fazê-lo ou que o faça intempestivamente.

O segundo pressuposto se refere à ausência de transparência por parte dos poderes públicos federais (Poder Executivo Federal e Poder Legislativo Federal) no que diz respeito à regulamentação sobre o acesso da informação contida em documentos sob a guarda do Estado, haja vista a lacunosa regulamentação acerca do procedimento para a classificação das informações consideradas como não passíveis de acesso pelo cidadão, nem passíveis de disponibilização pelo poder público. Para arquivos considerados como de graus ultra-secreto, secreto, confidencial e reservado, poderá a autoridade responsável pela classificação ou autoridade hierarquicamente superior, alterá-la ou cancelá-la, por meio de reclassificação ou desclassificação dirigido ao detentor da custódia do dado ou informação sigilosos.

O terceiro pressuposto concerne ao funcionamento do CONARQ (Conselho Nacional de Arquivos) que está sob grande ingerência da Casa Civil da Presidência da República. Ao CONARQ compete, dentre outras atribuições, estabelecer

o Sistema Nacional de Arquivos. Ocorre que a formulação do regimento interno do Conselho Nacional de Arquivos está sob a competência do Chefe da Casa Civil da Presidência da República. Existe uma concentração de prerrogativas legais por parte do Poder Executivo Federal, mediante o Chefe da Casa Civil, que regulamentará o Conselho Nacional de Arquivos, órgão que é o responsável pelo Sistema Nacional de Arquivos brasileiro.

O quarto pressuposto aborda o Comitê Executivo do Governo Eletrônico que objetiva formular políticas, estabelecer diretrizes, coordenar e articular as ações de implantação do governo eletrônico, este voltado para a prestação de serviços e informações ao cidadão. Todavia, a sociedade ainda não integra o referido comitê, o que denota que a estrutura de governança está restringindo o direito constitucional de acesso à informação. É uma estrutura de controle e não de transparência.

Outrossim, a CF-88 prevê o direito à informação, entretanto os poderes públicos ao regulamentarem o acesso e a disponibilização da informação, exercem o controle sobre as informações contidas em documentos que estejam sob a guarda do Estado.

O sistema normativo brasileiro referente ao direito à informação tende a dar demasiado poder aos órgãos do Executivo e do Legislativo Federais, a ponto de que os mesmos considerem, sem critérios bem definidos, informações como não-passíveis de acesso e de disponibilização para a sociedade civil.

Os prazos de restrição do público para acessar informações que se encontram sob a guarda do Estado chega a ser indefinido, pois ao se regulamentar a "Lei de Arquivos", no que se refere ao prazo máximo de indisponibilidade de acesso à coletividade, o Estado utiliza-se da expressão "pelo tempo que estipular", mesmo já passados 60 (sessenta) anos de sigilo acerca do documento.

Faz-se alusão à necessidade de o indivíduo acessar informações e de ter domínio sobre as TIC´s (Tecnologias de Informação e de Comunicação), mas não somente este domínio caracterizaria as condições para que o indivíduo fosse considerado um ator social, pois a informação para agregar valor ao agente receptor, há de ser inteligível, socializando-se o conhecimento.

Ademais, há lacunas nas legislações pertinentes ao Arquivo Público no Brasil. O considerável número de Medidas Provisórias, Atos administrativos do Executivo, tais como atas, portarias, regimentos, sem que houvesse um estudo atualizado sobre o direito à informação no Estado Brasileiro.

Quanto aos instrumentos de defesa acerca dos direitos individuais e a relação destes com o Direito Informacional conferido aos cidadãos brasileiros, tem-se o seguinte quadro que designa um estudo exploratório sobre a evolução histórica do Direito Informacional do Brasil, mediante o aferido em todas as Constituições brasileiras, até se chegar à vigente Constituição Federal de 1988.

Constituições/ Emenda Constitucional	Estudo exploratório quanto a evolução histórica acerca do Direito Informacional no Brasil
Constituição de 1824 (Império)	Não se considerava o direito à informação. A pessoa do Imperador era inviolável e sagrada (não estava sujeito a responsabilidade alguma); Proibição de instrumentos legais contra o Imperador; Impedimento acerca da suspensão dos direitos individuais, salvo nos casos especificados de rebelião ou invasão de inimigos.
Constituição de 1891	Não se considerava o direito à informação. Institui-se o *habeas corpus*; Direito de petição; Salvaguarda dos direitos individuais e políticos; Abertura para outros direitos e garantias e direitos não expressos nesta Constituição.
Constituição de 1934	Não se considerava o direito à informação. Instituição do Mandado de Segurança; *Habeas corpus*, exceto nas transgressões disciplinares; Direito de petição; A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluiria outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adotava.
Constituição de 1937	Não se considerava o direito à informação. Estado de emergência gerando a censura da correspondência e de comunicações; suspensão da liberdade de reunião; a busca e apreensão em domicílio; detenção; privação da liberdade de ir e vir; Suspensão de imunidades políticas da Câmara ou do Conselho Federal; Atos praticados em virtude de estado de emergência ou guerra não eram submetidos ao Judiciário; Direitos e garantias individuais não excluiriam outros, entretanto eram limitados por segurança da nação e do Estado; *Habeas corpus*, exceto no caso de punição disciplinar; Direito de petição; Não houve previsão do Mandado de Segurança.
Constituição de 1946	Não se considerava o direito à informação. Instituição da ação popular; *Habeas corpus*, exceto nas transgressões disciplinares; Direito de petição; Direitos e garantias apostos nesta Constituição não excluiriam outros direitos e garantias; Mandado de segurança; Ação popular.
Constituição de 1967	Não se considerava o direito à informação. Mandado de segurança; Instituição do Conselho de Segurança Nacional, para o estudo dos problemas relativos à segurança nacional, com a cooperação dos órgãos de informação e de mobilização nacional e operações militares; Liberdade de informação (com restrições legais quanto a jornais, televisão e radiodifusão); *Habeas corpus*, exceto nas transgressões disciplinares; Direito de petição; Ação popular.

Constituições/ Emenda Constitucional	Estudo exploratório quanto a evolução histórica acerca do Direito Informacional no Brasil
Emenda Constitucional de N.º 1, de 1969	Não se considerava o direito à informação. Trâmite de informação somente entre o Congresso Nacional ou em uma de suas Casas; Mandado de segurança; Direito de representação; *Habeas corpus*, exceto nas transgressões disciplinares; Direito de petição; Ação popular.
Constituição de 1988	Institui-se o Direito à informação. Instituição do habeas data; Instituição do Mandado de segurança coletivo; Instituição do Direito à privacidade; Direito à informação; Ampliação dos casos de aplicação de ação popular; *Habeas corpus*; Direito de petição; Vedação de todas as formas de distinção, esta inviolabilidade de direitos é restringida em casos de decretação de estado de defesa e de estado de sítio.

Quadro 1: Direito Informacional brasileiro: Evolução dos direitos e das garantias individuais e seus instrumentos de defesa.

A análise da Constituição Federal vigente, da Lei de Arquivos e das suas regulamentações, visa responder se a organização do Sistema Nacional de Arquivos do Brasil fere o direito à informação (individual e coletivo) disposto na atual carta magna, que assegura a livre circulação da informação. Perquirindo se a Lei de Arquivos e as suas regulamentações obstam o direito à informação para a coletividade, no que se refere aos documentos de arquivos que estejam sob a guarda do Poder Executivo Federal e do Poder Legislativo Federal.

4. Direito Informacional e os Documentos Secretos do Presidente da República: a regulação pela Lei N.º 8.394/1991 e os aspectos polêmicos da legislação arquivística vigente no Brasil.

Mediante o aferido no art. 9.º, II da Lei N.º 8.394/1991, cabe ao Arquivo Nacional a orientação técnica relativa ao acervo arquivístico, a organização de centro de referência de acervos presidenciais que reúna e coloque à disposição dos interessados as informações sobre documentos arquivísticos, bibliográficos e museológicos, de natureza pública ou privada, dos Presidentes da República, e a manutenção de setor de arquivos privados presidenciais apto a receber doações de documentos dessa natureza (BRASIL, 1991).

Em procedendo à análise documental da Lei N.º 8.394/1991 percebe-se que existe a possibilidade de acesso pela população aos documentos privados dos Presidentes da República, conforme disposto no art. 6.º, inciso III. Ao afirmar que o sistema de acervos documentais privados dos Presidentes da República objetiva, além de outros fatores, manter um referencial único de informação, capaz de fornecer ao cidadão, de maneira uniforme e sistemática, a possibilidade de localizar, de ter acesso e de utilizar os documentos, onde quer que estejam guardados, seja em entidades públicas, em instituições privadas ou com particulares, tanto na capital federal como na região de origem do presidente ou nas demais regiões do País. Também, neste mesmo artigo, no inciso IV, há a disposição de que o sistema de acervos documentais privados dos Presidentes da República tem por finalidade propor metodologia, técnicas e tecnologias para identificação, referência, preservação, conservação, organização e difusão da documentação presidencial privada.

Entretanto, o parágrafo único deste mesmo artigo (art. 6.º da Lei N.º 8.394/1991) que retrata os objetivos do sistema de acervos documentais privados dos Presidentes da República dispôs que o acesso a documentos sigilosos pelos cidadãos fica sujeito aos dispositivos legais que regulam a segurança do Estado.

Conforme o disposto no art. 10 da Lei N.º 8.394/1991, para os Presidentes em exercício, fica garantido o acesso de seus documentos privados somente com expressa autorização do titular. O acervo documental do cidadão eleito Presidente da República será considerado presidencial a partir de sua diplomação.

Percebe-se que existe a ressalva concernente à segurança do Estado, portanto, a inacessibilidade destes documentos privados do Presidente da República fica a critério da Casa Civil da Presidência da República, órgão integrante do Poder Executivo Federal.

O Decreto 4.344/2002 (BRASIL, 2002), em vista do disposto no art. 18 da

Lei N.o 8.394, de 30 de dezembro de 1991, dispõe sobre a preservação, organização e proteção dos acervos documentais privados dos presidentes da República.

O sistema de acervos documentais privados dos Presidentes da República, segundo o art. 5.º da Lei N.º 8.394/1991, será composto pelo Arquivo Nacional, pelo Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural (IBPC), pelo Museu da República, pela Biblioteca Nacional, pela Secretaria de Documentação Histórica da Presidência da República e, através de acordo, por outras entidades públicas e pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que possuam ou tratem de acervos documentais presidenciais.

Já que os acervos documentais privados dos Presidentes da República atualmente integram o patrimônio histórico nacional, necessário consignar que a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional foi matéria do

Decreto-Lei N.º 25/1937 (BRASIL, 1937), o qual constituiu o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN). Em seu art. 1.º considerava como patrimônio histórico e artístico nacional "o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, que por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico" (BRASIL, 1937).

Estavam incluídos na preservação os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importem conservar e proteger pela feição que tenham sido dotados pela natureza ou

agenciados pela indústria humana.

O IBPC foi criado pela Lei N.° 8.029/1990 (BRASIL, 1990), na qual foram transferidas as competências, o acervo, as receitas e as dotações orçamentárias da extinta Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN).

O IPHAN foi reorganizado pela Lei N° 8.029/1990 (BRASIL, 1990), originariamente denominado como IBPC.

O regimento interno do IBPC foi aprovado pelo Decreto N.º 99.602/1990 (BRASIL, 1990).

Não consta revogação expressa da Lei N.° 8.029/1990 (BRASIL, 1990), conforme o aferido na pesquisa realizada em *sites* jurídicos, especialmente no *site* oficial referente à "Base da Legislação Federal do Brasil", mantida pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Último acesso se deu em 4 de março de 2007.

Atualmente o IPHAN faz parte do Ministério da Cultura, com *site* oficial disponível ao público, estando ligado ao Ministério da Educação (MEC).

5. A política de segurança da informação no Brasil

No que se concerne à Política de Segurança da Informação nos órgãos e nas entidades da Administração Pública Federal, mediante o

Decreto de N.º 3.505/2000 (BRASIL, 2000), foram definidos como pressupostos básicos: a garantia ao direito individual e coletivo das pessoas, à inviolabilidade da sua intimidade e ao sigilo da correspondência e das comunicações, nos termos previstos na Constituição; a proteção de assuntos que mereçam tratamento especial; a capacitação dos segmentos das tecnologias sensíveis; o uso soberano de mecanismos de segurança da informação, com o domínio de tecnologias sensíveis e duais; a criação, desenvolvimento e manutenção de mentalidade de segurança da informação; a capacitação científico-tecnológica do País para uso da criptografia na segurança e defesa do Estado; e a conscientização dos órgãos e das entidades da administração pública federal sobre a importância das informações processadas e sobre o risco da sua vulnerabilidade.

Conceitua-se Segurança da Informação a proteção dos sistemas de informação contra a negação de serviço a usuários autorizados, assim como contra a intrusão, e a modificação desautorizada de dados ou informações, armazenados, em processamento ou em trânsito, abrangendo, inclusive, a segurança dos recursos humanos, da documentação e do material, das áreas e instalações das comunicações e computacional, assim como as destinadas a prevenir, detectar, deter e documentar eventuais ameaças a seu desenvolvimento (Decreto N.º 3.505/2000).

Designou-se a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional (órgão extinto, cujos arquivos foram recolhidos ao Arquivo Nacional), assessorada pelo Comitê Gestor da Segurança da Informação, adotar diretrizes para desenvolver sistema de classificação de dados e informações, com vistas à garantia dos níveis de segurança desejados, assim como a normatização do acesso às informações.

Dentre as atribuições da Secretaria-Executiva do extinto Conselho de Defesa Nacional, cumpria: estabelecer as normas relativas à implementação dos Sistemas de Segurança da Informação, com vistas a garantir a sua interoperabilidade e a obtenção dos níveis de segurança desejados, assim como assegurar a permanente disponibilização dos dados e das informações de interesse para a defesa nacional; conceber, especificar e coordenar a implementação da infra-estrutura de chaves públicas a serem utilizadas pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal (Decreto N.º 3.505/2000).

Os documentos arquivísticos públicos produzidos e recebidos pelos extintos Conselho de Segurança Nacional (CSN), Comissão Geral de Investigações (CGI) e Serviço Nacional de Informações (SNI), que estejam sob a custódia da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), tinham o prazo de até 31 de dezembro de 2005 para serem recolhidos ao Arquivo Nacional, nos termos do art. 7.º, § 2o da Lei N.º 8.159/91.

No que se refere ao Comitê Gestor da Segurança da Informação, este, dentre outras atribuições dará apoio à Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional em atividades de caráter científico e tecnológico relacionadas à segurança da informação; incentivará o desenvolvimento de sistema de classificação de dados e informações, com vistas à garantia dos níveis de segurança desejados, assim como à normatização do acesso às informações; apoiará a realização de auditoria nos órgãos e nas entidades da administração pública federal, envolvidas com a política de segurança da informação, no intuito de aferir o nível de segurança dos respectivos sistemas de informação (art. 4.º do Decreto N.º 3.505/2000).

Cabe à ABIN (Agência Brasileira de Inteligência), por intermédio do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações (CEPESC), apoiar as atividades de caráter científico e tecnológico relacionadas à segurança da informação; e integrar comitês, câmaras técnicas, permanentes ou não, assim como equipes e grupos de estudo relacionados ao desenvolvimento das suas atribuições de assessoramento.

O Comitê Gestor da Segurança da Informação é composto por integrantes do:

- Ministério da Justiça;
- Ministério da Defesa;
- Ministério das Relações Exteriores;
- Ministério da Fazenda;
- Ministério da Previdência e Assistência Social;
- Ministério da Saúde;
- Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;
- Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- Ministério das Comunicações;
- Ministério da Ciência e Tecnologia;

- Ministério de Minas e Energia;
- Controladoria-Geral da União;
- Advocacia-Geral da União;
- Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República;
- Casa Civil da Presidência da República;
- Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, que o coordenará, Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República (Decreto N.º 3.505/2000).

Insta ressaltar que os membros do Comitê Gestor serão designados pelo Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, mediante indicação dos titulares pelos Ministérios e órgãos representados.

A efetivação dos pressupostos atinentes ao Direito Informacional tem direta relação com a legislação consignada pelo Poder Executivo. Assim, tomando-se por base a normatização acerca do acesso aos documentos oriundos do Presidente da República do Brasil, percebe-se que existe uma tendência à concentração de informações.

Destarte, o documento recebido na Casa Civil da Presidência da República será submetido ao Presidente da República para despacho, na forma estabelecida pelo Chefe da Casa Civil, consoante a figura aposta a seguir:

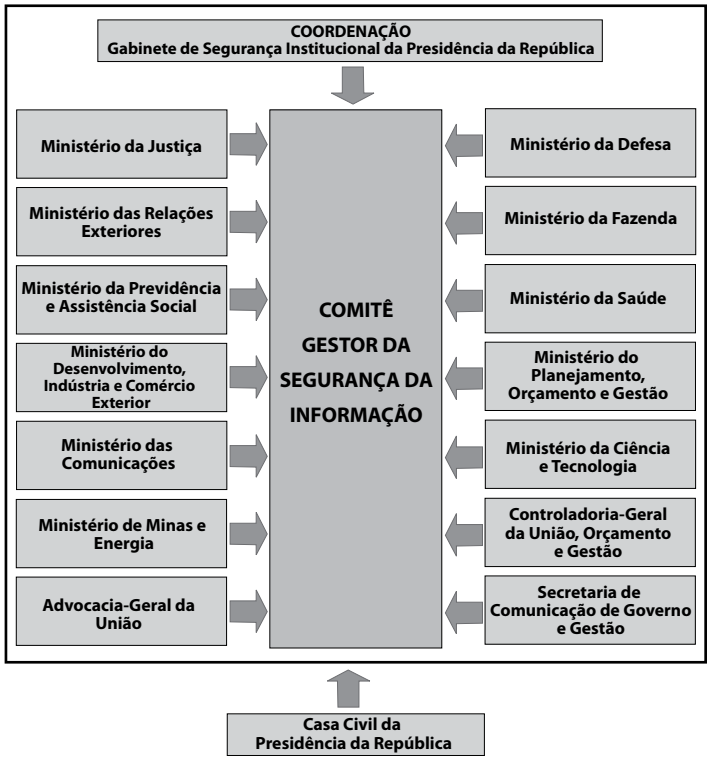
COORDENAÇÃO
Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República
Ministério da Justiça
Ministério das Relações Exteriores
Ministério da Previdência e Assistência Social
Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
Ministério das Comunicações
Ministério de Minas e Energia
Advocacia-Geral da União
COMITÊ GESTOR DA SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO
Ministério da Defesa
Ministério da Fazenda
Ministério da Saúde
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
Ministério da Ciência e Tecnologia
Controladoria-Geral da União, Orçamento e Gestão
Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão
Casa Civil da Presidência da República

Figura 3. Comitê Gestor de Segurança da Informação.

São objetivos da Política da Informação, conforme o art. 3.º do Decreto N.º 3.505/2000 (BRASIL, 2000):

- estabelecer normas jurídicas necessárias à efetiva implementação da segurança da informação;
- dotar os órgãos e as entidades da administração pública federal de instrumentos jurídicos, normativos e organizacionais que os capacitem científica, tecnológica e administrativamente a assegurar a confidencialidade, a integridade, a autenticidade, o não-repúdio e a disponibilidade dos dados e das informações tratadas, classificadas e sensíveis;
- eliminar a dependência externa em relação a sistemas, equipamentos, dispositivos e atividades vinculadas à segurança dos sistemas de informação;
- promover a capacitação de recursos humanos para o desenvolvimento de competência científico-tecnológica em segurança da informação;
- promover as ações necessárias à implementação e manutenção da segurança da informação;
- promover o intercâmbio científico-tecnológico entre os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal e as instituições públicas e privadas, sobre as atividades de segurança da informação;
- promover a capacitação industrial do País com vistas à sua autonomia no desenvolvimento e na fabricação de produtos que incorporem recursos criptográficos, assim como estimular o setor produtivo a participar competitivamente do mercado de bens e de serviços relacionados com a segurança da informação; e
- assegurar a interoperabilidade entre os sistemas de segurança da informação.

Desta forma, verifica-se que com a regulamentação da Política de Segurança da Informação nos órgãos e nas entidades da Administração Pública Federal, surgiu a necessidade de fixação das categorias de sigilo no tocante aos documentos produzidos pelos órgãos pertencentes à administração pública.

Outro aspecto relevante na análise da presente pesquisa é o conteúdo aposto no Decreto N.º 3.714/2001 (BRASIL, 2001), o qual normatizou o procedimento da remessa de documentos assinados eletronicamente pela autoridade competente, a qual se realizará por sistema que lhes garanta a segurança, a autenticidade e a integridade de seu conteúdo, bem como a irretratabilidade ou a irrecusabilidade de sua autoria. Preconiza que cada Ministério criará uma caixa postal específica para recepção e remessa eletrônica. Importante salientar que a Casa Civil da Presidência da República fixará o número de servidores que serão indicados e credenciados, pelos Ministros de Estado, para receber e dar destinação aos documentos assinados eletronicamente.

Nos tempos das novas tecnologias de informação, em especial a Internet, a troca de informações eletrônicas referentes à administração pública está definida pelo Poder Executivo Federal (BRASIL, 2001), com o objetivo de garantir a segurança do conteúdo informacional pertinente aos atos e fatos do Estado. Existe uma preocupação acerca da importância da segurança da informação, desta forma, os gestores públicos, funcionários públicos ou contratados hão de se adequar às exigências da vida atual. Tendo como corolários a previsão da capacitação científico-tecnológica do País para uso da criptografia na segu-

rança e na defesa do Estado, bem como a conscientização dos órgãos e das entidades da Administração Pública Federal sobre o risco da sua vulnerabilidade das informações.

6. O Comitê Executivo do Governo Eletrônico

O Decreto Presidencial de 18 de Outubro de 2000 (BRASIL, 2000), que criou, no âmbito do Conselho de Governo, o Comitê Executivo do Governo Eletrônico, com o objetivo de formular políticas, estabelecer diretrizes, coordenar e articular as ações de implantação do governo eletrônico, este voltado para a prestação de serviços e informações ao cidadão. Ainda, existe a previsão de que cidadãos poderão ser convidados para participar dos grupos de trabalho representantes de órgãos e entidades públicas e privadas.

Entretanto, os cidadãos ainda não fazem parte deste referido comitê, o que denota que a estrutura de governança está restringindo o direito constitucional de acesso à informação. É uma estrutura de controle e não de transparência.

Integram o Comitê Executivo: o Chefe da Casa Civil da Presidência da República, que o presidirá; os Secretários-Executivos dos Ministérios, o Secretário-Geral do Ministério das Relações Exteriores; o Subchefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; o Secretário de Organização Institucional do Ministério da Defesa; o Subsecretário-Geral da Secretaria-Geral da Presidência da República; o Secretário de Avaliação, Promoção e Normas da Secretaria de Comunicação de Governo da Presidência da República; o Procurador-Geral da União.

Ao Comitê Executivo do Governo Eletrônico compete:

- coordenar e articular a implantação de programas e projetos para a racionalização da aquisição e da utilização da infra-estrutura, dos serviços e das aplicações de tecnologia da informação e comunicações no âmbito da administração pública federal;
- estabelecer as diretrizes para a formulação, pelos Ministérios, de plano anual de tecnologia da informação e comunicações;
- estabelecer diretrizes e estratégias para o planejamento da oferta de serviços e de informações por meio eletrônico, pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública Federal;
- definir padrões de qualidade para as formas eletrônicas de interação;
- coordenar a implantação de mecanismos de racionalização de gastos e de apropriação de custos na aplicação de recursos em tecnologia da informação e comunicações, no âmbito da administração pública federal;
- estabelecer níveis de serviço para a prestação de serviços e informações por meio eletrônico;
- instituir diretrizes e orientações e manifestar-se, para fins de proposição e revisão dos projetos de lei do Plano Plurianual, de Diretrizes Orçamentárias e do Orçamento Anual, sobre as propostas orçamentárias dos órgãos e das entidades da administração pública federal, relacionadas com a aplicação de recursos em investimento e custeio na área de tecnologia da informação e comunicações.

A participação no Comitê e nos grupos de trabalho não enseja remuneração de qualquer espécie, por se tratar de serviço público relevante.

Há mais indícios de controle do que de transparência por parte da organização do Comitê Executivo do Governo Eletrônico, o que favorece de sobremaneira o domínio do poder público sobre a população.

1. O Comitê Executivo do Governo Eletrônico será presidido pelo Chefe da Casa Civil da Presidência da República;
2. O Comitê apresentará relatórios periódicos de suas atividades ao Presidente da República (art. 7.º do Decreto Presidencial de 18/10/2000);
3. Há a previsão de que poderão ser convidados para participar dos grupos de trabalho representantes de órgãos e entidades públicas e privadas, todavia, não existem maiores detalhamentos acerca do procedimento para a participação da pessoa comum. Parece uma incongruência, pois o Comitê Executivo do Governo Eletrônico tem como objetivo a implantação do governo eletrônico direcionado para a prestação de serviços e informações ao cidadão.

7. O direito à informação e o papel da Casa Civil no que tange à disponibilização da informação

Preliminarmente, o Decreto N.º 4.344, de 26 de agosto de 2002 (BRASIL, 2002), regulamentou a Lei de Arquivos quanto à preservação, organização e proteção dos acervos documentais privados dos Presidentes da República. O Centro de Informação de Acervos dos Presidentes da República (CIAPR) é preconizado pelo art. 9º, II da Lei nº 8.394, de 30 de dezembro de 1991 (BRASIL, 1991), que dispõe sobre a preservação, organização e proteção dos acervos documentais privados dos Presidentes da República, quando determina que no Arquivo Nacional seja organizado um centro de referência com o objetivo de reunir e disponibilizar, aos interessados, informações sobre documentos arquivísticos, bibliográficos e museológicos, de natureza pública e privada, dos Presidentes da República.

Para normatizar o acesso e a disponibilização de informações referentes a documentos dos Presidentes da República, com o advento da Lei N.º 10.869, de 13 de maio de 2004, em seu art. 2.º (BRASIL, 2004) estipulou-se que à Casa Civil da Presidência da República compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, especialmente na coordenação e na integração das ações do Governo, na verificação prévia da constitucionalidade e legalidade dos atos presidenciais, na análise do mérito, da oportunidade e da compatibilidade das propostas, inclusive das

matérias em tramitação no Congresso Nacional, com as diretrizes governamentais, bem como na avaliação e monitoramento da ação governamental e da gestão dos órgãos e entidades da administração pública federal, bem como promover a publicação e a preservação dos atos oficiais e supervisionar e executar as atividades administrativas da Presidência da República e, supletivamente, da Vice-Presidência da República, tendo como estrutura básica o Conselho Deliberativo do Sistema de Proteção da Amazônia, o Conselho Superior do Cinema, o Arquivo Nacional, a Imprensa Nacional, o Gabinete, 2 (duas) Secretarias, sendo 1 (uma) Executiva, 1 (um) órgão de Controle Interno e até 3 (três) Subchefias.

O Arquivo Nacional faz parte da estrutura básica da Casa Civil da Presidência da República, à qual compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições. Inclusive, o Arquivo Nacional e a Imprensa Nacional passaram a integrar a estrutura básica da Casa Civil da Presidência da República, tendo sido transferidos para a Casa Civil da Presidência da República o quadro de servidores e o acervo patrimonial dos órgãos referidos.

Cumpre ressaltar que a Medida Provisória (MP) de N.º 2.045-1, de 28 de junho de 2000, transferiu o Arquivo Nacional para a Casa Civil da Presidência da República. Posteriormente esta transferência foi regida pela MP N.º 2.049-20, de 29 de junho de 2000. E, a referida transferência foi enunciada pela Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, a qual sofreu alterações na Lei N.o 10.869, de 13 de maio de 2004.

O Regimento Interno do CONARQ (Portaria CONARQ N.º 5, de 7/2/2002) define que o este é um órgão colegiado vinculado ao Arquivo Nacional (criado pelo art. 26 da Lei de Arquivo, e regulamentado pelo Decreto N.º 4.073/ 2002), tem por finalidades definir a política Nacional de arquivos públicos e privados, e exercer orientação normativa visando à gestão documental e à proteção especial aos documentos de arquivo.

O Regimento Interno do CONARQ foi promulgado pelo Chefe da Casa Civil da Presidência da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 9º do Decreto nº 4.073, de 3 de janeiro de 2002.

Compete ao CONARQ, conforme o disposto no art. 2.º da Portaria N.º 5/2002 (BRASIL, 2002): estabelecer diretrizes para o funcionamento do Sistema Nacional de Arquivos - SINAR, visando à gestão, à preservação e ao acesso aos documentos de arquivos; promover o inter-relacionamento de arquivos públicos e privados com vistas ao intercâmbio e à integração sistêmica das atividades arquivísticas; propor ao Chefe da Casa Civil da Presidência da República normas legais necessárias ao aperfeiçoamento e à implementação da política Nacional de arquivos públicos e privados; zelar pelo cumprimento dos dispositivos constitucionais e legais que norteiem o funcionamento e acesso aos arquivos públicos; estimular programas de gestão e de preservação de documentos públicos de âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, produzidos ou recebidos em decorrência de suas funções executiva, legislativa e judiciária; subsidiar a elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo metas e prioridades da política nacional de arquivos públicos e privados; estimular a implantação de sistemas de arquivos nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Poderes Executivo e Legislativo dos Municípios; estimular a integração e modernização dos arquivos públicos e privados; propor ao Presidente da República, por intermédio do Chefe da Casa Civil da Presidência da República, a declaração de interesse público e social de arquivos privados, nos termos do art. 12 da Lei nº 8.159, de 1991, e do art. 23 do Decreto nº 4.073, de 2002; estimular a capacitação técnica dos recursos humanos que desenvolvam atividades de arquivo nas instituições integrantes do SINAR; recomendar providências para a apuração e a reparação de atos lesivos à política Nacional de arquivos públicos e privados; promover a elaboração do cadastro Nacional de arquivos públicos e privados, bem como desenvolver atividades censitárias referentes a arquivos; manter intercâmbio com outros conselhos e instituições cujas finalidades sejam relacionadas ou complementares às suas, para prover e receber elementos de informação e juízo, conjugar esforços e encadernações; e articular-se com outros órgãos do Poder Público formuladores de políticas nacionais nas áreas de educação, cultura, ciência e tecnologia, informação e informática.

O CONARQ é constituído por dezessete membros conselheiros, de acordo com o art. 23, inciso XIV da sua Portaria de N.º 5/2002 (BRASIL, 2002), sendo: o Diretor-Geral do Arquivo Nacional, que o presidirá; dois representantes do Poder Executivo Federal; dois representantes do Poder Judiciário Federal; dois representantes do Poder Legislativo Federal; um representante do Arquivo Nacional; dois representantes dos Arquivos Públicos Estaduais e do Distrito Federal; dois representantes dos Arquivos Públicos Municipais; um representante das instituições mantenedoras de curso superior de Arquivologia; um representante de associações de arquivistas; e três representantes de instituições que congreguem profissionais que atuem nas áreas de ensino, pesquisa, preservação ou acesso a fontes documentais.

Desta forma, o Chefe da Casa Civil da Presidência da República promulgou o Regimento Interno do CONARQ, o qual engloba a organização da política nacional de arquivos públicos e privados, além estimular programas de gestão e de preservação de documentos públicos de âmbito federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, produzidos ou recebidos em decorrência de suas funções executiva, legislativa e judiciária.

Outrossim, o Chefe da Casa Civil da Presidência da República que promulgou o Regimento Interno do CONARQ, o qual engloba a implantação de sistemas de arquivos nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Poderes Executivo e Legislativo dos Municípios. A pessoa do Chefe da Casa Civil da Presidência da República norteou as diretrizes do CONARQ nas mais importantes esferas do poder do território brasileiro.

8. Conclusão

O presente artigo científico representa apenas uma pequena amostra da pesquisa acerca do Direito Informacional realizada pela autora. A qual se direciona ao estudo do Direito Informacional, ao acesso das informações publicizadas por órgãos integrantes do Poder Executivo Federal à população em geral, bem como ao contexto jurídico da Arquivologia, jungindo estudos e análise acadêmico-científica acerca da Ciência da Informação, do Direito e da Arquivologia no Brasil.

Este trabalho é exacerbadamente relevante para o aferimento em concreto do efetivo exercício da cidadania no Brasil. Informação é poder. A partir do momento em que os cidadãos brasileiros consigam acessar o estoque informacional oriundo da Administração Pública, perfar-se-á a mais ampla materialização da genuína democracia participativa.

Pesquisas, como esta realizada pela autora, fazem com que se aprimore e se aperfeiçoe as políticas públicas relativas ao hodierno Direito Informacional do Brasil.

9. Referências

BASTOS, Aurélio Wander Chaves. *A legislação e a política de arquivos no Brasil.* Acervo. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. , jan./jun. 1990.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica.* Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3 ed. Revista. Bauru : EDIPRO, 2005.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil.* Jurada em 25 de março de 1824. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.brasilimperial.org.br/c24t44.htm>. Acesso 31 de agosto de 2006.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.* Jurada em 24 de Fevereiro de 1891. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao91.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.* Jurada em 16 de Julho de 1934. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao34.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

_____. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil.* Jurada em 10 de Novembro de 1937. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao37.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil.* Jurada em 18 de Setembro de 1946. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao46.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

_____.Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Promulgada em 10 de Outubro de 1967. Brasília, DF, 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao67.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

_____. Constituição (1967). *Emenda à Constituição da República Federativa do Brasil.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de Outubro de 1967. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

_____. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF : Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em

<http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/content/view/full/1156>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

_____. Decreto n. 99.602, de 13 de outubro de 1990. Aprova a Estrutura Regimental do Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural, e dá outras providências. Disponível em: http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.

action?id=225270>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

_____. Decreto n. 1.799, de 30 de janeiro de 1996. Regulamenta a Lei n. 5.433, de 8 de maio de 1968, que regula a microfilmagem de documentos oficiais, e dá outras providências. Brasília, DF, 1996.

_____. Decreto n. 3.294, de 15 de dezembro de 1999. Institui o Programa Sociedade da Informação e dá outras providências. Brasília, DF, 1999.

_____. Decreto n. 3.505, de 13 de junho de 2000. Institui a Política de Segurança da Informação nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 2000.

_____. Decreto n. 3.714, de 3 de janeiro de 2001. Dispõe sobre a remessa por meio eletrônico de documentos a que se refere o art. 57-A do Decreto no 2.954, de 29 de janeiro de 1999, e dá outras providências. Brasília, DF, 2001.

_____. Decreto n. 3.779, de 23 de março de 2001. Acresce dispositivo ao art. 1o do Decreto no 3.714, de 3 de janeiro de 2001, que dispõe sobre a remessa por meio eletrônico de documentos. Brasília, 2001.

_____. Decreto n. 3.865, de 13 de julho de 2001. Estabelece requisito para contratação de serviços de certificação digital pelos órgãos públicos federais, e dá outras providências. Brasília, DF, 2001.

_____. Decreto n. 3.872, de 18 de julho de 2001. Dispõe sobre o Comitê Gestor da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras - CG ICP-Brasil, sua Secretaria-Executiva, sua Comissão Técnica Executiva e dá outras providências. Brasília, DF, 2001.

_____. Decreto n. 3.996, de 31 de outubro de 2001. Dispõe sobre a prestação de serviços de certificação digital no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 2001.

_____. Decreto n. 4.073, de 3 de janeiro de 2002. Regulamenta a Lei n. 8.159, de 8 de Janeiro de 1991, que dispõe

sobre a política nacional de arquivos públicos e privados. Brasília, DF, 2002.

_____. Decreto n. 4.344, de 26 de agosto de 2002. Regulamenta a Lei n. 8.159, de 8 de Janeiro de 1991, que dispõe sobre a preservação, organização e proteção dos acervos documentais privados dos presidentes da República, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002.

_____. Decreto n. 4.553, de 27 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da administração pública Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002.

_____. Decreto n. 4.915, de 12 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o Sistema de Gestão de Documentos de Arquivo - SIGA, da Administração Pública Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002.

_____. Decreto n. 5.301, de 09 de dezembro de 2004. Regulamenta o disposto na Medida Provisória n. 228, de 9 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a ressalva prevista na parte final do disposto no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição, e dá outras providências. Brasília, DF, 2004.

_____. Decreto n. 5.584, de 18 de novembro de 2005. Dispõe sobre o recolhimento ao Arquivo Nacional dos documentos arquivístico públicos produzidos e recebidos pelos extintos Conselho de Segurança Nacional – CSN, Comissão Geral de Investigações – CGI e Serviço Nacional de Informações – SNI, que estejam sob a custódia da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN. Brasília, DF, 2005.

_____. Decreto Presidencial de 18 de Outubro de 2000. Cria, no âmbito do Conselho de Governo, o Comitê Executivo do Governo Eletrônico, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 de outubro de 2000.

_____. Lei n. 1.533, de 31 de Dezembro de 1951. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao Mandado de Segurança. Diário Oficial da União, 31 de dezembro de 1951. Rio de Janeiro, 1951.

_____. Lei n. 4.717, de 29 de Junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1965-004717-ap/ap__01a04.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

_____. Lei n. 6.513, de 20 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=124481>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

_____. Lei n. 8.029, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8029cons.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

_____. Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. Brasília, DF, 1991.

_____. Lei n. 8.394, de 30 de dezembro de 1991. Dispõe sobre a preservação, organização e proteção dos acervos documentais privados dos presidentes da República, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 6 de janeiro de 1992. Brasília, DF, 1992.

_____. Lei n. 9.501, de 18 de maio de 1995. Dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações. Brasília, DF, 1995.

_____. Lei n. Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Brasília, DF, 1997.

_____. Lei n. 9.755, de 16 de dezembro de 1998. Dispõe sobre a criação de homepage na Internet, pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação dos dados e informações que específica, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 dez. 1998. Disponível em: <http://www.contaspublicas.gov.br/LEI%20N%209755%20.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

_____. Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000. Altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília, DF, 14 julho de 2000. Disponível em: http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/2000-009983/2000-009983-.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2010.

_____. Lei n. 10.869, de 13 de maio de 2004. Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Brasília,DF, 2004.

_____. Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5.º da Constituição Federal e dá outras providências. Brasília, DF, 2005.

_____. Medida Provisória Nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências.

BRASIL. Ministério da Cultura. Portaria n. 259, de 2 de setembro 2004. Cria o Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da UNESCO. Gabinete do Ministro. Brasília, DF, 2004.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria Nº 58, de 20 de junho de 1996. Regulamenta o registro e a fiscalização do exercício da atividade de microfilmagem de documentos, em conformidade com o parágrafo único do art. 15 do Decreto n. 1.799, de 30 de janeiro de 1996. Brasília, DF, 1996.

_____. Portaria n. 17, de 30 de março de 2001. Concessão de registro e fiscalização do exercício da atividade de microfilmagem de documentos. Brasília, DF, 2001.

_____. Portaria n. 5, de 7 de fevereiro de 2002. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Arquivos - CONARQ. Brasília, DF, 2002.

_____. Portaria n. 73, de 13 de setembro de 2005. Secretaria Nacional de Justiça, Brasília, DF, 2005.

_____. Portaria n. 275, de 14 de dezembro de 2000. Estabelece o Anexo II à Instrução Normativa n. 28/1999, o qual dispõe sobre dados e informações de responsabilidade dos municípios a serem colocados à disposição para acesso, via Internet, na homepage Contas Públicas criada pela Lei n. 9.755/98. Disponível em: <http://www.contaspublicas.gov.br/TCU_InstrNorm28-99.htm>. Acesso em: 5 de abril de 2005.

BRASIL. Presidência da República. *Ato Institucional de n. 5.* Publicado em 13 de dezembro de 1968. Brasília, DF, 1968. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/dhbrasil/ai_integra.html>. Acesso em: 5 de abril de 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa n. 28, de 5 de maio de 1999. Dispõe sobre regras para a implementação da homepage Contas Públicas, de que trata a Lei nº 9.755, de 16 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.contaspublicas.gov.br/TCU_InstrNorm28-99.htm>. Acesso em: 5 de abril de 2005.

COSTA, Célia Maria Leite. *A legislação brasileira de acesso aos arquivos.* In: Congresso Nacional de Arquivologia. 2004. Brasília. Anais... Brasília, 2004.

GÓMEZ, Maria Nélida Gonzáles de. *Política e gestão da informação*: novos rumos. Ciência da Informação, Brasília, v. 28, n. 2, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid

=S0100191965199900020001&lng=en&nrm=iso doi: 10.1590/S0100-19651999000200001>. Acesso em: 01 de ago. 2010.

JARDIM, José M. *Sistemas e políticas públicas de arquivos no Brasil.* Niterói : Ed. UFF, 1995.

_____. *Transparência e opacidade do Estado no Brasil:* usos e desusos da informação governamental. Niterói : Ed.UFF, 1999.

_____. *O inferno das boas intenções:* legislação e políticas arquivísticas. In: MATTAR, Eliana (Org). *Acesso à informação e política de arquivos*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2003. p. 37-63.

CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E O DIREITO À IMAGEM DOS ACUSADOS MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO PRÁTICA E DA PROPORCIONALIDADE

Carla Miranda Guimarães Oliveira[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Princípios Constitucionais e Sistema Jurídico. – 2.1 O Princípio da Proporcionalidade e a Colisão de Direitos Fundamentais. – 3. A Solução para os Conflitos Individuais com a Utilização do Princípio da Ponderação Prática. – 4. A Liberdade de Informação e o Direito à Imagem dos Acusados. – 5. Conclusão. – Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar os princípios constitucionais da liberdade de informação e do direito a imagem, quando o limite daquela garantia é transposto de forma a atingir a vida privada do cidadão, consubstanciada no seu direito à imagem.

Será demonstrado como é imperioso e fundamental que os meios de comunicação sejam livres para denunciar, para expor falcatruas e para revelar a ocorrência de fatos que afetam toda a vida em sociedade, sendo assim, mais do que nunca garantir a liberdade de informação é garantir que não se amordace a sociedade.

Mas, percebe-se, que a pretexto de informar, porém, submetem os investigados a verdadeiro julgamento popular, cujas conseqüências desastrosas, são normalmente irreparáveis, já que, depois de marcados perante a opinião pública como criminosos, pouco importando a garantia constitucional do estado de inocência: estão irremediavelmente presos àquela imagem, que é mais forte do que qualquer presunção de inocência. Sejam absolvidos ou condenados pela justiça, já foram sumariamente condenados pelo público.

Conquanto não se deva censurar a imprensa, é fundamental que seu exercício se paute pela observância de regras de respeito à pessoa, sejam célebres ou anônimas. Se a liberdade de informação é garantia constitucional, também o é o direito de imagem, privacidade, honra e intimidade, de modo que não se pode conceber uma imprensa livre se não for possível a convivência harmoniosa de seu exercício e do respeito às garantias fundamentais do ser humano.

É esse o desafio de tratar do tema: a busca por instrumentos que garantam a coexistência dos dois princípios constitucionais, sem que haja supremacia, sem que haja o predomínio absoluto de um sobre o outro. Cada um há seu tempo e de acordo com o interesse maior em jogo cederá diante do outro.

1 Carla Miranda Guimarães Oliveira é advogada. Assessora jurídica do TJ/BA. Especialista em Direito do Estado. Pós-graduanda em Ciências Criminais. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais. Professora de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Penal.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SISTEMA JURÍDICO

Hodiernamente, há um novo paradigma teórico, designado de "pós-positivismo" ou, por uma expressão mais apropriada, de "novo constitucionalismo", que visa afastar as idéias centrais do positivismo jurídico de Hans Kelsen[2].

No novo constitucionalismo, os princípios jurídicos passam a ter a condição de verdadeiras espécies normativas. Reforçam a idéia de ordem e unidade sistemática, sendo a base lógica e axiológica de todo o ordenamento, relacionando o Direito e a moral.

A função primordial dos princípios constitucionais é aproximar o Direito das questões práticas, tentando resolver as questões das lacunas do sistema jurídico baseado em regras. Isto exige uma teoria capaz de indicar qual dos princípios, explícitos ou implícitos, reconhecidos pelo ordenamento jurídico, deve ser aplicado a determinado caso concreto, sem prejuízo da segurança jurídico-política e social.

O tema dos princípios jurídicos, especialmente dos princípios constitucionais, no âmbito brasileiro, nunca foi tão explorado como nos últimos dez anos.

É sabido, atualmente, que os princípios assumem uma posição hegemônica na pirâmide normativa. Conforme averbou Celso Antônio Bandeira de Mello, em lição lapidar:

> "Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico...
>
> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...

Ainda, como já dizia Canotilho:

> "Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Mais rigorosamente, dir-se-á, em primeiro lugar, que os princípios têm uma função negativa particularmente relevante nos casos limites (Estado de Direito e de Não Direito, Estado Democrático e ditadura). A função negativa dos princípios é ainda importante noutros casos onde não está em causa a negação do Estado de Direito e da legalidade democrática, mas emerge com perigo o "excesso de poder". Isso acontece, por ex., com o princípio da proibição do excesso." (CANOTILHO, 1995, p.171).

Isto posto, princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica (CANOTILHO, 1995, p.534).

O fato de a constituição conter um sistema aberto de princípios possibilita a existência de fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes, apesar de serem entendidos de forma harmônica, conforme averbou Canotilho (1995, p.190).

Foi a jurisprudência que deu vida aos princípios. Aprimorou sua fisionomia, fê-lo crescer. À legislação coube acolhê-lo, consagrá-lo em seus textos e dar-lhe destaque na órbita jurídica.

Em um trabalho que parece não ter fim, a jurisprudência vem ao longo do tempo suprimindo as lacunas e deficiências do ordenamento jurídico. Cada questão levada ao Judiciário suscita novas indagações, novas reflexões.

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos (CANOTILHO, 1995, p.643).

Continua a dizer que "a articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais..." (CANOTILHO, 1995, p.180).

Ainda, vale ressaltar, que a resolução das colisões entre princípios constitucionais passa pela máxima da ponderação, ou seja, pela análise das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade, que são verdadeiros cânones de interpretação.

Na concepção de Barroso[3], o princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. A proporcionalidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem utilizando as máximas da razoabilidade e da proporcionalidade, para ponderar as vantagens e desvantagens entre os bens jurídicos envolvidos em conflitos diante do caso concreto.

O fato de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes, que assim podem ser entendidos de forma harmônica, conforme averbou Canotilho (1995, p.190).

2 Hans Kelsen separa, na teoria do Direito, as questões jurídicas das morais.

3 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição,* 2003, p. 334.

2.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio da proporcionalidade encontra-se dentre os princípios que ganha cada vez mais relevo, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Diz-se respeitado o princípio da proporcionalidade quando:

> "O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental" (BONAVIDES apud GEBRAN NETO, 2002, p.113).

Analisando-o mais detidamente vislumbram-se duas funções distintas. Na primeira delas, o princípio da proporcionalidade configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos. Sua aplicação tem por fim, ampliar o controle jurisdicional sobre a atividade do Estado, possibilitando a contenção do exercício abusivo das prerrogativas públicas.

De outro lado, o princípio em exame também cumpre a relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

Esta função é ressaltada por Paulo Bonavides, *in verbis*:

> Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos (BONAVIDES apud GEBRAN NETO, 2002, p.386).

Por fim, conforme conceituado por Sérvulo Correia, citado por Canotilho:

> Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim (CORREIA apud CANOTILHO, 1995, pp.383-84).

Isto posto, será analisado o conflito entre a liberdade de informação e o direito à imagem dos acusados, mediante a utilização do princípio da ponderação prática em decorrência do princípio da proporcionalidade.

3. A SOLUÇÃO PARA OS CONFLITOS INDIVIDUAIS COM A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO PRÁTICA

A liberdade de imprensa e o direito à imagem são direitos essenciais em um Estado Democrático de Direito, importantíssimos para uma existência digna dos cidadãos. Ambos, em cada uma de suas peculiaridades, prevalecem em determinado momento, mas o que acontece quando há efetivamente uma colisão desses direitos, ou seja, qual deve prevalecer em um mesmo momento, no caso em concreto?

Seria possível ao garantir um direito constante do catálogo dos direitos fundamentais (Título II, CF), legitimamente limitar o exercício de outro direito fundamental constante desse mesmo catálogo? (CANOTILHO, 1995). A resposta a tal questão não parece fácil.

Como ensina Bobbio, citado por Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes:

> São bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas.A dificuldade de escolha se resolve com a introdução dos limites à extensão de um dos dois direitos, de modo que seja em parte salvaguardando também o outro (BOBBIO apud LOPES, 1997, p.197).

E em outro trecho:

> Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente (LOPES, 1997, p.198).

Nesse sentido, cabe observar inicialmente que a Constituição não prevê de modo algum uma cláusula geral que possibilite a restrição ao exercício de direitos fundamentais. Por conta disso, toda e qualquer restrição há de ser prevista de forma expressa ou decorrer diretamente dos princípios e regras adotados pela Constituição, como bem já se salientou anteriormente.

Como bem explicou Canotilho:

> Quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias através de lei, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isto significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de protecção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de protecção constitucionalmente garantido (CANOTILHO, 1995, p.605).

Em ambos os casos, possibilidade expressa ou implícita de restrição, deve-se proceder à concordância prática dos direitos colidentes, viabilizando o sacrifício mínimo de ambos os direitos de modo a eliminar (ou pelo menos amenizar) o choque existente entre eles. Portanto, pode-se dizer, que os bens jurídicos constitucionalmente assegurados devem ser coordenados de modo a que todos eles possam conservar sua identidade. (Barroso, 1996: 186).

Conforme averbou Canotilho:

> A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifícios de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendência unidade axio-lógico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do tudo ou nada, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante seu peso e as circunstâncias do caso (CANOTILHO, 1995, p.190).

Tendo por base tal concordância prática dos direitos fundamentais como solução adequada a eliminar as tensões entre normas, deve o intérprete valer-se da chamada ponderação de bens ou valores jurídicos fundamentais expressos em normas constitucionais, através do princípio da concordância prática, muito bem explicitado por Canotilho (1995, p.228): "reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros."

Como bem previu a nossa Constituição ao asseverar que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição" (grifamos) (art. 220, *caput,* CF). Isto posto, o próprio texto constitucional limitou o exercício de tal direito.

Numa outra cláusula constitucional, a possibilidade de restrição de direito fundamental ganha igual respaldo e legitimidade, conforme se depreende da leitura do artigo 1º, art. 220, do Texto Magno, segundo a qual "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII, XIV" (grifamos).

Ora, o próprio dispositivo previu expressamente uma reserva de lei restritiva, que admite a limitação do exercício da liberdade de expressão e de informação (art. 5º, IV, XIV, CF) para salvaguardar outros direitos fundamentais.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso X, assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, além da indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O texto Constitucional atual, assim, também previu de forma expressa e efetiva o direito à imagem, cuidando de forma distinta de cada um dos direitos da personalidade: intimidade, honra, vida privada e imagem. Tais direitos foram contemplados no Título II, *Dos direitos e garantias constitucionais*, assim, três incisos do artigo 5° garantem os direitos fundamentais:

> Art. 5°. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> (...)
> X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> XXVIII – São assegurados, nos termos da lei:
> a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades

Conceituando o direito à imagem, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1993, p.79) afirma que, "é o direito de não vê-la mercantilizada, usada, sem o seu exclusivo consentimento, em proveito de outros interesses que não os próprios".

Ou, segundo Larenz, citado por Ferraz Jr. (1983, p.79) "direito que compreende a faculdade de proibir a difusão ou exibição pública da própria imagem, quando a representada não tenha autorizado".

No consenso da doutrina, o direito à imagem é inato, essencial, absoluto, indisponível, extrapatrimonial, intransmissível, imprescritível, "restringindo à pessoa do titular e manifestando-se desde o nascimento (C. Civil, art.2°)" (BITTAR, 1989, p.11).

Assim, todos os indivíduos merecem que lhes sejam assegurados a proteção ao seu direito de imagem contra a exploração abusiva pela imprensa, assegurando-lhes resguardo contra a exposição não desejada, evitando que à imprensa extrapole no exercício de seu legítimo direito de informar.

Então se por um lado, a imprensa precisa ser livre, porque sem liberdade ela não cumprirá sua missão, essa liberdade não pode permitir que o veículo de comunicação social agrida outros direitos atribuídos à pessoa (direito à inviolabilidade da honra, da vida privada e da imagem), mesmo porque nenhum direito é completamente absoluto.

Se por um lado o Estado de Direito exige uma imprensa forte, independente e imparcial, afastando-se qualquer censura prévia do Poder Público, ao mesmo tempo garante proteção à honra, à vida privada e à imagem de todas as pessoas.

Assim, a solução da colisão desses direitos deve ser examinada em cada caso concreto, levando-se em conta o princípio da proporcionalidade e da ponderação prática, conforme já exaustivamente explanado.

Em alguns casos de colisão, a realização de um dos

direitos fundamentais em conflito é reciprocamente excludente do exercício do outro, ou seja, para que um direito seja preservado, faz-se necessário a exclusão, mesmo que seja parcial, de outro direito fundamental. Nesta hipótese, o princípio da proporcionalidade indica qual o direito que, na situação concreta, está ameaçado de sofrer a lesão mais grave caso venha a ceder ao exercício do outro, e, por isso, merece prevalecer, excluindo a realização deste.

Como bem averbou João Pedro Gebran Neto:

> Os meios eleitos devem manter-se numa relação de razoabilidade com o resultado perseguido, ou seja, somente deve ser adotada a restrição no limite adequado e indispensável ao benefício que o resultado gera para a coletividade. Em suma, deve haver uma valoração e uma ponderação recíproca de todos os bens involucrados, tanto os que justificam o limite como os que são afetados por eles, os quais exigem sejam consideradas todas as circunstâncias relevantes do caso (GERBRAN NETO, 2002, p.116-17).

Pode-se perceber, assim, a imagem como uma característica de nossa individualidade, sendo a impressão externa do nosso eu. Sendo assim, o conceito de imagem passou a abordar a ligação entre pessoa e o significado de sua aparência. Já que é por ela que provocamos nas pessoas, com as quais entramos em contato, os sentimentos diversos de simpatia, de indiferença ou mesmo de antipatia.

Sobremaneira, compete ao titular do direito de imagem o consentimento no uso da imagem. Uma vez autorizada a utilização da imagem, não há o que se falar no direito à indenização que o texto constitucional menciona. É o consentimento, portanto, que torna a utilização devida e correta, para tanto, deve ser específico para que não haja o uso indevido.

Assim, se o retratado tiver notoriedade, é livre a utilização de sua imagem para fins informativos, que não tenham objetivos comerciais, e desde que não haja intromissão em sua vida privada. A limitação daí decorrente como bem afirma Silma Mendes Berti (1993, p.56), apenas se justifica se obedecidos três requisitos, quais sejam, que se trate de pessoa popular, pública, notória; que a divulgação se limite a satisfazer a exigência pública da informação e que as imagens difundidas sem o consentimento do retratado não sejam relacionadas à sua vida estritamente privada.

É livre também a fixação da imagem realizada com objetivo cultural, porque a informação cultural prevalece sobre o indivíduo e sua imagem desde que respeitadas às finalidades da informação ou notícia.

Por conseguinte, há também os casos de limitação relacionada à ordem pública, como a reprodução e difusão de um retrato falado por exigências da polícia. Obviamente, não teria lógica um suspeito de crime se opor a esta exposição de sua imagem.

Há ainda o caso do indivíduo retratado em cenário público, ou durante acontecimentos sociais, já que ao permanecer em lugar público, o indivíduo, implicitamente, aceitou ser visto, fotografado e autorizou, mesmo que implicitamente, a veiculação de sua imagem, só podendo alegar ofensa a seu direito à própria imagem se a utilização da fixação da imagem for de natureza comercial.

Isto posto, compreende-se que essas limitações fazem com que determinadas utilizações da imagem não sejam ilícitas, apesar de serem realizadas sem o consentimento do retratado.

Pode-se concluir, então, que com exceção dessas possibilidades, qualquer outro uso da imagem alheia sem autorização do titular constitui violação do direito à imagem, tendo-se por conseqüência a imposição de culpa indenizável.

Deve-se observar, assim, que o campo de interseção entre fatos de interesse público e vulneração de condutas íntimas e pessoais é muito grande, quando se trata de personalidades públicas. Neste caso, deve-se interpretar o direito de informação de forma alargada, enquanto a interpretação em relação à vida privada e imagem dessas pessoas devem ser restringidas, uma vez que por opção pessoal tais pessoas colocaram-se em posição de maior destaque e interesse social.

4. A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E O DIREITO À IMAGEM DOS ACUSADOS

Há três tipos de mídia, como bem ensina Luiz Flávio Gomes: a mídia justiceira, a espalhafatosa e a investigativa.

A mídia justiceira/descrente, a pretexto de informar, submete os investigados a verdadeiro julgamento popular, cujas conseqüências desastrosas, são normalmente irreparáveis. Depois de marcados perante a opinião pública como criminosos, pouco importa a garantia constitucional do estado de inocência: estão irremediavelmente presos àquela imagem, mais forte que qualquer presunção de inocência. Ou seja, quer sejam absolvidos ou condenados pelo judiciário, já foram sumariamente condenados pelo público.

Hoje, muitas informações veiculadas pela imprensa referem-se às ocorrências policiais, notadamente aquelas que causam explosão emocional e firmam a opinião pública sobre a sociedade criminalizada. Essa é a tida como mídia espalhafatosa, definida como a que se preocupa em veicular notícias chocantes, escândalos etc., nessas matérias se percebem várias ofensas aos direitos da personalidade, que ao invés de retratar a realidade, ela cria uma realidade, dramatizando a violência e levando insegurança a população.

Como bem retrata Estela Cristina Bonjardim:

> É flagrante o abuso cometido pela imprensa nesse caso, por rotular como criminosas pessoas acusadas da prática de crimes, mas que devem, se submeter à ação do Poder Judiciário e não de órgãos destituídos do poder de julgar. mais do que isso, podem ser pessoas inocentemente acusadas, que consigam provar a ausência de culpa, mas que estarão definitivamente marcadas perante a opinião pública. (BONJARDIM, 2002, P.118)

Como se não fossem suficientes os ilimitados poderes que a imprensa confere a si, ainda existem casos de informações falsas, forjadas, que expressam claramente a manipulação política da mídia, que além de exagerar fatos, falseia-os.

Vivemos em uma sociedade cujo conhecimento do direito

se restringe a uma pequena parcela da sociedade, ficando a grande maioria, sem consciência de seus direitos mais básicos. Por conta disso, quando nos deparamos com um suspeito, frente às câmeras de televisão, na maioria das vezes querendo ocultar o rosto, ou mesmo fugindo da insistência do repórter, tem a grande parte da população, a sensação de que o repórter está agindo corretamente, ao tratar aquele suspeito, acuado, como um segregado, quiçá condenado.

Assim, faz-se necessário alguém dizer a ele, ao suspeito, que não tem obrigação de expor sua imagem, assim como não tem obrigação de falar sobre o fato do qual está sendo posto sob suspeição, mas que ele tem o direito de ser bem tratado, com todas as garantias constitucionais. Essa mídia justiceira, mesmo ainda na fase de apuração, tenta interferir nas decisões judiciais, por meio de pressão, podendo comprometer inclusive, a independência e a imparcialidade dos julgadores, pois não se ignora que qualquer denúncia feita pela imprensa, mesmo desacompanhada de provas, assume ares de verdade inquestionáveis.

Se não bastasse tal irresponsabilidade, freqüentemente assistimos pela televisão à exibição, pela polícia, de pessoas detidas por envolvimento em fatos criminosos, ainda na fase de apuração, que se vêem precocemente submetidas a verdadeiro julgamento público, que podem comprometer inclusive, a independência dos juízes e a imparcialidade dos julgadores. (BONJARDIM, 2002, P.118)

Por fim, sabe-se que é imperioso e fundamental que os meios de comunicação sejam livres para denunciar, para expor falcatruas e para revelar a ocorrência de fatos que afetam toda a vida em sociedade. Mas ser livre é ser responsável, e a questão da responsabilidade da imprensa é hoje de irrefutável importância para sua sobrevivência.

Desde os primeiros tempos do Estado de Direito buscou-se a completa liberdade de imprensa, a qual somente seria conseguida com a abolição de qualquer forma de censura prévia, ou seja, a plena liberdade de divulgar as informações, interpretações e opiniões, sem a interferência estatal limitadora do que deveria ou não ser tornado público.

Esta liberdade, porém, não está sujeita ao limite da verdade objetiva, já que, as opiniões ou juízos de valor, devido a sua própria natureza abstrata, não podem ser submetidos à comprovação, na verdade, o que se exige do sujeito é um dever de diligência no sentido de que seja comprovada a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade da notícia antes de qualquer divulgação.

Já que, mais do que nunca garantir a liberdade de informação é garantir que não se amordace a sociedade, mas se esta é uma garantia constitucional, também o é o direito de imagem, de modo que não se pode conceber uma imprensa livre se não for possível a convivência harmoniosa de seu exercício e do respeito às garantias fundamentais do ser humano.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o direito de informação apesar de amplo, constitucional e fundamental à democracia, também tem os seus limites. E nem sempre a demarcação desses limites é fácil, já que se confronta o direito da coletividade à informação e aquela esfera do indivíduo que o público e, conseqüentemente a imprensa, deve respeitar.

Assim é que o direito de informação deve ser o mais amplo possível, enquanto não colidir com interesses considerados igualmente fundamentais. Afinal, o interesse da coletividade em ser informada impõe a si mesmo um limite, quando a divulgação de fatos venha a destruir a pessoa humana em sua dignidade.

A imprensa inatingível pela censura, não é imune ao controle jurisdicional, assim, caso ocorra a violação e o conseqüente dano, cabe ao Poder Judiciário dirimir o conflito entre a liberdade de informação jornalística e os direitos individuais do cidadão, impondo se necessário, limites à atuação da imprensa. Não se trata de maneira alguma, de um poder arbitrário ou de imposição de censura, mas da atuação, dentro da ordem constitucional e democrática, de um poder legitimamente investido para compor um conflito concreto de interesses, que assegurará à imprensa todas as garantias da mais ampla defesa.

Nenhuma censura há aí e não se pode admitir que se confunda censura, com a restrição da liberdade de imprensa no caso concreto, sempre que se prenunciar violação ao direito de privacidade, à honra e à imagem das pessoas.

Portanto, à mídia, urge mudar sua linha de ação, para deixar de ser uma competição de "ibope", em privilégio ao crescimento da cultura e da cidadania. Mostrando aos leitores, ouvintes, que um fato supostamente delituoso ocorreu, mas o provável responsável quer manter incólume sua imagem, intimidade e honra, como um direito dele.

Por fim, as limitações reciprocamente impostas, é bom frisar, não resultam da hierarquia das liberdades em conflito, já que não há superposição, o que importa são as circunstâncias de que se revestem cada situação concreta. Em algumas delas deve prevalecer o direito à imagem; em outras, deve ser prioritário o direito à informação, tendo sempre por base os princípios da proporcionalidade e da concordância prática.

6. REFERÊNCIAS

_____.*Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direitos e garantias individuais.* In: *A constituição brasileira 1988* – interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http:// www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 de junho de 2009.

BULYGIN, Eugênio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *Cuadernos de Filosofia del Derecho*. Alicante: Doxa, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* 6. ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra-Portugal: Coimbra, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CRISTOVÁM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais.* Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *A resolução das colisões entre princípios constitucionais.* Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. *Princípios constitucionais.* São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1989. 7 v.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais.* São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de direito fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.* Repertório de Jurisprudência IOB-1ª quinzena de março de 2003, n° 5/2003, vol. I.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra-Portugal: Coimbra, 1998.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.* Material da 3ª aula da disciplina Atualização Legislativa e Jurisprudencial em Direito Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Direito Público – UNISUL – REDE LFG.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O COMBATE ÀS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS

Dejair dos Anjos Santana Júnior[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. O Advento do Direito Pós-Moderno e o Neoconstitucionalismo. 3. Os Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade. 3.1 A Evolução dos Direitos Fundamentais. 3.2 O Reflexo dos Direitos Fundamentais. 3.3 A Nova Postura das Regras e dos Princípios na Pós-Modernidade. 3.4 Princípios que Materializam a Efetividade dos Direitos Fundamentais. 4. A Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais e as Omissões Inconstitucionais. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A vida em sociedade é uma conseqüência inevitável do desenvolvimento humano. Ao se agrupar com outros indivíduos, surgiu a necessidade de um "ser" repressor que ditasse os limites e regras que cada um deveria seguir[2] . Surge assim, ao lado da moral, o Direito como um conjunto de regras impostas a toda a sociedade. Suscita-se a dúvida de quem foi o responsável pela criação das primeiras normas jurídicas. A resposta é simples, óbvia e inquestionável: aquele que detinha o poder.

O estudo da evolução histórica da sociedade e do Direito nos leva a crer que as tendências culturais, filosóficas e estruturais de um povo nada mais é que uma realidade modelada por aqueles que detêm o poder em um determinado momento da história.

Ideologias, teorias sempre são possíveis quando maleáveis ou pertinentes à manutenção ou fortalecimento do poder de controle do seleto grupo de governantes com poder econômico para fazer ecoar seus anseios por todas as demais camadas sociais. Logo, a realidade e a teoria dominante podem ser totalmente rechaçadas se alterado o grupo seleto de governantes.

Percebe-se, também, que no mundo científico os pensadores digladiam entre si em busca da soberania de suas opiniões. Não se busca com isso a implementação de seus estudos, a mera supremacia abstrata já os deixa lisonjeiros. A mudança

1 Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pelo Universidade Gama Filho. Professor de Direito Constitucional, Internacional e Teoria Geral do Direio. Perito Papiloscopista. Consultor jurídico.

2 Seguindo a mesma linha de raciocínio, Paulo Cesar Santos Bezerra afirma que "o vasto número de regras, preceitos e conceitos, provenientes das diferentes fontes que buscam a harmonia social, desde os conselhos maternos, passando pelas lições dos mestres, pelas regras de etiqueta e de urbanidade, pelos preceitos morais e pelos mandamentos religiosos, tudo isso constitui mecanismos de regulamentação da sociedade, dentre os quais o direito surge como o mais severo e eficiente instrumento de controle social, chamado a atuar sempre que a conduta humana ultrapasse os limites do meramente conveniente e se constitua uma ameaça à paz social." (BEZERRA, Paulo César Santos. *A Produção do Direito no Brasil,* p. 28.

não é o verdadeiro estopim de suas pesquisas, mas sua própria vaidade.

A esfera jurídica segue o mesmo rumo. As mudanças não se revelam em autênticas rebeliões sociais. Por trás dos ideais humanísticos, coletivos, há sempre um motivo individual muito mais preponderante a catalisar as transformações.

A constitucionalização do direito é um grito abafado tentando ecoar no mundo jurídico. A tentativa de dar força e aplicabilidade às normas constitucionais indica uma busca incessante pela concretização dos direitos sociais e que dignificam o homem.

Nesse sentido, mister o estudo dos direitos fundamentais e sua evolução histórica na sociedade, a fim de que se entenda a sua importância para os dias atuais. A fim de se reduzir as desigualdades sociais vigentes na sociedade hodierna, de se implementar as políticas públicas e de se ver realizados os preceitos constitucionais, é necessário o estudo e o alcance do tema em tela.

Desta forma, tentar-se-á demonstrar de que forma a evolução do constitucionalismo está diretamente ligada ao estudo dos direitos fundamentais. Mais precisamente, de que forma a evolução do constitucionalismo e dos direitos fundamentais está ligado ao combate às omissões legislativas inconstitucionais. Pois, apenas através da concretização dos direitos fundamentais poderá existir uma "sociedade livre, justa e igualitária".

2. O ADVENTO DO DIREITO PÓS-MODERNO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Inicialmente, não há como se falar em neoconstitucionalismo se não se entender o que foi o constitucionalismo. Pode-se afirmar, inicialmente, com espeque na lição do professor Dirley da Cunha Júnior[3], que o constitucionalismo foi um movimento político-constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas.

O constitucionalismo surge, então, com o objetivo de limitar o poder do soberano, assim como para lhe criar deveres. Surge juntamente com o constitucionalismo o positivismo jurídico. Próprio de um contexto em que a corrente filosófica de Augusto Comte se consolida, tenta-se trazer a idéia do positivismo para o Direito.

A gênese do constitucionalismo clássico, para Manoel Jorge da Silva e Neto[4], está atrelada ao irrefreável ímpeto quanto à positivação de direitos e garantias aptos à salvaguarda dos indivíduos quanto à intromissão ou arbítrio praticados pelo Estado. Não se poderá compreender a noção de constitucionalismo daquela época se não se atentar para o autêntico motivo conducente à inclusão das liberdades públicas nos textos constitucionais: a preservação da liberdade individual.

Para Barroso[5], o sistema jurídico passa a ser considerado completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, analogia, princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.

Na pretensão de se fazer uma "ciência" jurídica, eliminou-se a moral e os valores do Direito, passando a ciência do direito a ser pautada exclusivamente em fatos. Daí o célebre brocardo "dai-me os fatos que lhe darei o direito". O Direito passou a ser, então, uma mera subsunção de análise dos fatos à norma adequada existente no ordenamento jurídico.

Aliando tal fato com o fim da Primeira Guerra Mundial, a situação começa a mudar. Começam a eclodir movimentos sociais contra a opressão dos empregadores, briga por melhores salários e por melhores condições. Mais do que isso, inicia a pressão para que o Estado volte a intervir na sociedade, não apenas regulando, mas proporcionado direitos previsto nas Cartas.

Para o professor Dirley da Cunha Júnior[6], com a derrocada do Estado liberal, surgiu um novo constitucionalismo com reflexo direto no modelo estatal. O Estado muda de configuração, assumindo renovados papéis e múltiplas funções. Advém o Estado social, ou, como preferem alguns denominá-lo, o Estado do Bem-Estar Social (o *Welfare State*) ou Estado providência, prestador de serviços, de perfil essencialmente intervencionista, que exige a presença marcante e decisiva do poder público no domínio das relações socioeconômicas. O homem passa a depender do Estado, de quem se exige prestações positivas.

Surge, assim, o Estado social, diametralmente oposto ao modelo liberal. Neste, o Estado deveria se abster nas relações sociais e econômicas, naquele, é necessária a intervenção estatal. O Estado passa a ter destaque também na vida jurídica, uma vez que os direitos previstos nas constituições devem ser garantidos, e, por isso, normatizados. Passa-se a falar, assim, em "direitos fundamentais".

A fim de se normatizar esses elementos necessários para o bem-estar social, Dirley da Cunha Júnior[7] assegura que, nesse momento, surge um número considerável de normas programáticas, dispondo sobre direitos sociais e econômicos, carentes de efetivação. Decerto, essa programaticidade das Constituições haverá de se combinar com sua efetividade, sob pena de se negar vigência ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

Essa nova necessidade de se adequar a real efetividade da Constituição com a nova realidade e anseios da sociedade mundial colocou em xeque o positivismo jurídico, já que este, ao normatizar a razão iluminista, colocou de lado os valores e a

3 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional,* p. 23.
4 SILVA NETO. Manoel Jorge e, *Curso de Direito Constitucional,* p. 43.
5 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas,* p. 13-14.
6 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional,* p. 119.
7 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional,* p. 122.

moral, focando unicamente os fatos.

Contudo, o pilar do positivismo jurídico, a razão, sofreu dois abalos nos últimos séculos de tamanha relevância que ficou demonstrado que essa "razão" buscada no século da luz nada mais é do que pura ilusão.

Ao comentar sobre esses abalos, Barroso[8] assegura que o primeiro ocorreu ainda no século XIX, com Karl Marx. Este assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história econômica. Vale dizer: a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira de uma *ideologia*, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade.

Continua o ilustre autor afirmando que o segundo abalo à "razão" ocorreu com Freud. Freud descobriu que o homem não é senhor absoluto da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o *inconsciente*. Ou seja, o homem nem sempre toma suas decisões em função da razão, mas sim por "vontade" do seu inconsciente.

Barroso não quis demonstrar que a razão perdeu a sua importância, ao contrário, ele afirma que ela é muito importante, mesmo no ordenamento jurídico. O que ele quis demonstrar é que a razão divide o palco da existência humana com, pelo menos, mais dois fatores: a ideologia e o inconsciente.

Mas não foram apenas esses dois fatores que proporcionaram a derrocada do positivismo jurídico. O positivismo jurídico foi derrotado com suas próprias forças, com sua própria ambição.

O objetivo do positivismo (juntamente com o modernismo) era, utilizando da mesma metodologia utilizada nas ciências naturais, criar uma *ciência do Direito*. Todavia, essa metodologia nunca foi observada nas ciências sociais como nas naturais. Nestas, o método é puramente descritivo, analisa-se os dados para se chegar a uma conclusão. No Direito, a situação é inversa. A norma é um *dever-ser,* normatiza-se uma norma para que a sociedade molde a sua conduta a ela. A norma não é um "dado", mas uma "criação" do operador do direito.

Ademais, desproporcionados de valores, percebeu-se que as normas jurídicas eram elaboradas sem condão de melhorar a vida em sociedade, mas sim a de beneficiar os governantes que faziam parte da máquina pública. Isso pôde ser visto como a implementação do nazismo e fascismo. Ambos os movimentos, apesar de cometerem atos bárbaros com outros homens, tiveram todas suas ações consubstanciadas em suas respectivas cartas constitucionais. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico desprovido de valores éticos e morais já não era mais aceita.

Barroso[9] explica que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição de relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais. Essa nova ideologia deu margem ao surgimento de uma nova teoria de constitucionalidade, o *neoconstitucionalismo*.

Percebe-se, assim, que os ideais propugnados pela modernidade, apesar de terem desenvolvido o mundo moderno, trouxeram grandes conseqüências para a humanidade. Bittar[10] afirma que a ciência converteu a ciência em produto, e esta, uma vez tornada produto sob a lupa de investigação do cientista, também se tornou produto na esteira da produção capitalista. Em nome do progresso, portanto, conseguiu-se um regresso tão ilimitado que ameaça colocar a humanidade sob uma catastrófica e irreversível condição de barbarização. Daí a importância do retorno aos valores, período que os jusfilósofos nomearam de *pós-modernidade*.

A pós-modernidade surge como a necessidade de um período de transição, de revisão da modernidade e de reconstrução de valores, a necessidade de um longo processo de maturação axiológica. Como resultado desse novo período, surge o movimento *supra* mencionado, o neoconstitucionalismo.

Enaltecendo a importância dessa transição, Dirley da Cunha[11] Júnior assenta que o neoconstitucionalismo, ou o novo direito constitucional como também é conhecido, destaca-se como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.

Com efeito, as novas Constituições passaram a ser verdadeiras normas jurídicas, sendo a norma mais relevante do ordenamento, por isso que dotada de supremacia. Mas tais normas deixaram de ser desprovidas de valor, todo o ordenamento passou a ser centrado nos valores escolhidos por cada carta constitucional. Ilustrativamente, os principais valores da Constituição brasileira de 1988 são *a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político*.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE

3.1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

8 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 8-11.

9 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas,* p. 27.

10 BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*, p. 87.

11 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional,* p. 33-36.

Com o processo de constituições escritas, o legislador precisou elencar um rol de direitos que seriam considerados basilares para aquele período histórico, para aquele espaço e para aquela referida sociedade. O advento das constituições escritas proporcionou a positivação de direitos que seriam *fundamentais* para a sua sociedade, naquele tempo e lugar.

Sendo assim, não necessariamente o que era *fundamental* em uma determinada época, também o seria em outra, ou vice-versa. O estudo dos direitos fundamentais está intimamente ligado à história e ao desenvolvimento do homem, mudando-se de perspectiva e extensão com o decorrer do tempo. Nas sábias palavras de Konrad Hesse, "(...) o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiossincrasia, da cultura e da história dos povos"[12].

Primeiramente, vale ressaltar a discussão doutrinária sobre o termo mais adequado a ser empregado no que toca a esta questão, se as etapas da evolução dos direitos fundamentais devem ser chamados de "dimensões" ou "gerações" de direitos fundamentais.

Este último termo, utilizado largamente na doutrina na última década, vem sofrendo diversas críticas pela doutrina nacional e estrangeira, haja vista tal terminologia induzir ao erro de se imaginar que uma "nova" geração iria simplesmente *substituir* a geração anterior. Ingo Wolfgang Sarlet[13] assenta que não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão "gerações" pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra.

Complementando esse entendimento, afirmando que não apenas pelo motivo exposto o uso do termo "gerações" é inadequado, Dirley da Cunha Júnior[14] traz a lição do professor Willis Santiago Guerra Filho, lecionando que:

> (...) segundo esse autor, é mais adequado o termo "dimensões", não só porque as gerações anteriores não se extinguem pelo advento das novas, mas, notadamente, porque os direitos reconhecidos em uma geração assumem uma outra dimensão quando em relação com os novos direitos gestados posteriormente, como ocorreu, por ex., com o direito individual de propriedade, típico direito de segunda geração, assumindo uma dimensão que exige o respeito à função social da propriedade e, ante os direitos de terceira geração, adotando dimensão que lhe impõe a apreço à sua função ambiental.

Seguir-se-á no decorrer deste trabalho com a escolha do termo "dimensão", justamente por se entender que os direitos fundamentais estão em constante processo de expansão e cumulação[15], adotando-se a idéia de complementariedade entre as diversas etapas da evolução dos direitos fundamentais.

Um segundo ponto de destaque a que se deve fazer alusão é a clássica confusão, mesmo entre os doutrinadores, em confundir o significado da expressão "direitos fundamentais" com outros termos que chegam a ser espécies deste, como "liberdades públicas", "liberdades fundamentais", "direitos individuais", "direitos subjetivos", "direitos humanos"[16], entre outros. Não obstante a utilização desses diversos termos por toda a Carta Maior, vale ressaltar que a expressão "direitos fundamentais" foi a escolhida pelo legislador constituinte por ter um caráter mais amplo do que aquelas demais expressões para expressar os direitos que seriam tidos como *fundamentais* para aquela determinada sociedade. Entende-se, assim, que aqueles termos nada mais são do que espécies de um todo maior denominado "direitos fundamentais".

Para um maior esforço didático, a doutrina classifica os direitos fundamentais, em regra, em três tipos: os direitos de primeira dimensão (os direitos civis e políticos); os de segunda dimensão (os direitos sociais, econômicos e culturais); e os de terceira dimensão (os direitos da solidariedade e fraternidade). Não obstante, impende informar que há doutrinadores que visualizam a existência de uma quarta, quinta e até mesmo uma sexta dimensão.

a) Os Direitos de Primeira Dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles que primeiro foram reconhecidos como *fundamentais* nas Cartas Constitucionais, e tem origem no que hoje a doutrina chama de constitucionalismo moderno. São próprias da Revolução Francesa de 1789 e de suas promessas.

Como visto acima, o constitucionalismo moderno surgiu com a formação dos Estados Nacionais e com a posterior

12 HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais, p. In__ *Temas Fundamentais de Direitos Constitucional*, p. 26.

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais,* p. 45.

14 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público,* p. 205.

15 "Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensão e "gerações" de direitos." (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 45.)

16 A título de ilustração do significado de tais expressões, Dirley da Cunha Júnior assenta que o termo "liberdades públicas" foi empregado na doutrina francesa para designar um conjunto de direitos de defesa do homem contra qualquer interferência do Estado, sendo, contudo, uma expressão limitada, haja vista não compreender os direitos sociais e econômicos. Por seu turno, explica o citado autor que os "direitos individuais" estão associados ao indivíduo isoladamente considerado, renegando-se o caráter de sociabilidade intrínseco ao ser humano. Já os "direitos individuais", concernem àquelas prerrogativas outorgadas ao indivíduo em conformidade com certas regras do ordenamento jurídico, podendo seus titulares deles livremente dispor, atém mesmo renunciá-los, o que não se coaduna com a idéia de direitos fundamentais, que são, em princípio, inalienáveis e imprescritíveis. Em relação aos "direitos subjetivos", afirma que exprimem uma situação jurídica subjetiva do indivíduo em face do Estado; representam uma forma de autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado, encontrando-se, por essa razão, superados pela própria dinâmica econômico-social dos tempos hodiernos, em que o desfrute de qualquer direito fundamental reclama uma atuação positiva do poder público. Por fim, para ele, os direitos humanos compreendem todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual, o que destoa do conceito de direitos humanos, que são direitos válidos para uma sociedade em particular. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 152-155)

consolidação do positivismo jurídico[17] . E, analisando a relação do Estado com tal movimento jusfilosófico, salienta Walter de Moura Agra[18] :

> Seu interesse (do Estado) é apenas pelo direito posto, elaboração de seres humanos, cristalizado em textos escritos, providos de uma autoridade estatal. As demais cominações sejam de onde provierem não fazem parte do direito positivo e, portanto, não possuem como característica a coercitividade de seus postulados.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet[19] , foi a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, que marcou a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, recebendo o rótulo de "pai" dos direitos fundamentais.

Surgido no contexto liberal-burguês, no qual se procurava o distanciamento do Estado da esfera individual dos cidadãos, passaram tais direitos a expressar formas de defesa dos indivíduos frente ao Estado, em virtude do receio da opressão estatal. Podem ser entendidos como os direitos de resistência do indivíduo em face do Estado, assumindo a postura de direitos civis e políticos.

Não há espaço para o Estado regulamentar as relações na esfera privada na ideologia liberal. Lembre-se que neste momento histórico a economia estava em franco desenvolvimento, o que fazia com que a burguesia exigisse a separação entre Estado e economia.

Refletindo sobre os objetivos do Estado em tempos liberais, Adam Smith imaginou-o com três deveres principais que deviam ser seguidos, quais sejam:

> a) O dever de proteger a sociedade da violência e da invasão; b) o dever de proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro; e c) o dever de erigir e de manter certas obras públicas, e certas instituições públicas quando não fossem do interesse de qualquer indivíduo ou de um pequeno número deles.

Esses direitos de primeira dimensão "já se consolidaram universalmente, não havendo Constituição digna desse nome que não os reconheça em toda a extensão". Portanto, o surgimento de "novos" direitos, e o seu reconhecimento, não fez com que o direito ao voto, à liberdade, à vida, por exemplo, deixem de ter sua importância e destaque.

b) Os Direitos de Segunda Dimensão

No primeiro momento, em que se exigia do Estado o seu afastamento das relações sociais, os burgueses expandiram seu domínio tanto no meio econômico como no social. Contudo, o poder econômico da burguesia levou ao abuso de sua força de trabalho, o que acabou irrompendo diversos problemas sociais e econômicos. As velhas promessas de Igualdade, Liberdade e Fraternidade advindas da Revolução Francesa ficaram apenas no plano das idéias, não vindo a se realizar no estrato social.

Ademais, o resultado do positivismo jurídico baseado apenas em critérios legais, completamente desvinculados de valores morais acabou tendo como conseqüência graves problemas sociais, em especial, as duas grandes guerras. A figura da norma como forma de manifestação da "razão" sem interferências valorativas passou a ser questionada (ver supra).

Nesse momento, o Estado é chamado a agir. A nota distintiva deste momento histórico é completamente oposta à anterior; enquanto naquela primava-se pela abstenção do Estado, nesta, o que se quer é a sua ação. Deseja-se que ele cumpra as promessas que havia suscitado, que os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade fossem materialmente efetivados no seio da sociedade. Desta forma, tais direitos caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas[20] . Em virtude disso, é característica marcante dos direitos de segunda dimensão o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais[21] .

Instala-se, assim, o Estado de Bem-Estar Social, o qual se faz intervencionista na sociedade e na economia nela praticada, exatamente para que os direitos sociais e econômicos fossem indistinta e genericamente assegurados. Assenta, ainda, Dirley da Cunha Júnior que "Sua atitude, longe de ser passiva e indiferente em face do desenvolvimento e das relações econômico-sociais, era ativa, pois não se contentava em prevenir e solucionar os conflitos de interesses interindividuais."[22]

Mas o grande problema dos direitos de segunda dimensão está justamente na sua eficácia. Apesar de o Estado ter visualizado que a norma precisava de uma carga valorativa e que era necessário que ela fizesse parte do corpo constitucional, os direitos sociais de segunda dimensão sempre tiveram uma carga programática muito grande. Surgiram não para serem efetivadas de imediato, mas para que servissem como *programa* de governo a ser realizado em momento futuro.

Ensina o professor Paulo Bonavides[23] que as normas de segunda dimensão possuíam baixa normatividade em virtude da

17 Nesse sentido, Walter de Moura Agra: "O positivismo jurídico surgiu pari passu com a formação e consolidação do Estado Nacional. Essa doutrina representou um instrumento imprescindível para o desenvolvimento do Estado Moderno, legitimando a expansão das atividades estatais no primado da legalidade. Quando afirmou que a única possibilidade para a existência de normas jurídicas era por meio de sua promulgação por órgãos estatais, ao mesmo tempo em que concentrou a produção normativa do Estado, retirou o caráter vinculante de outros ordenamentos que não eram inseridos a ele, como as normas religiosas, morais, corporativas etc." (AGRA, Walter de Moura. Neoconstitucionalismo e Superação do Positivismo. In__ *Teoria do Direito Neoconstitucional*. p. 431.)

18 AGRA, Walter de Moura. Neoconstitucionalismo e Superação do Positivismo. In__ *Teoria do Direito Neoconstitucional.* p. 432

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais,* p. 43.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais,* p. 47.

21 Comparando as duas primeiras dimensões, Paulo Bonavides expõe que a primeira dimensão dos direitos fundamentais consistia essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, e que, a partir da segunda dimensão, tais direitos passaram a compreender, além daquelas garantias, os critérios objetivos de valores. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 522.)

22 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público,* p. 210.

23 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 518.

própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatadas por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

Sendo assim, "o grande problema que aflige os direitos fundamentais sociais não está em sua declaração ou no reconhecimento formal de suas garantias, mas sim na sua efetivação, que consiste na realização concreta das prestações que compõem seus respectivos objetos"[24] .

Segundo a clássica classificação de José Afonso da Silva, tais normas são nitidamente de eficácia limitada, haja vista a necessidade de atuação do poder estatal para que haja a sua implementação. Todavia, essa suposta falta de eficácia não perdurará por muito tempo na doutrina brasileira, como se verá no decorrer deste trabalho.

c) Os Direitos de Terceira Dimensão

A fim de delimitar um ponto essencial dos direitos de terceira dimensão, e mesmo de conceituá-lo, Ingo Wolfgang Sarlet [25] faz um breve resumo dessa discussão na doutrina:

> Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípuo "o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta". Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Interessante o ensinamento que Paulo Bonavides[26] traz sobre a temática, no qual os direitos de terceira dimensão, na visão de E. Mbaya, exprime-se de três maneiras: a) O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos); b) Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar *déficits*); e c) Uma coordenação sistemática de política econômica.

Percebe-se, portanto, que os direitos de terceira dimensão não têm por fim a liberdade ou a igualdade, e sim preservar a própria existência do grupo[27] . E, por tal medida, por terem nitidamente uma titularidade coletiva e não individual, não estão completamente reconhecidos nas cartas constitucionais, apesar da Carta brasileira já reconhecer alguns desses direitos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento...

d) Outras Dimensões?

Decorrente das inovações tecnológicas e dos novos anseios da sociedade, alguns autores, como Paulo Bonavides[28] , classificam os novos direitos recepcionados pelas Cartas Constitucionais como uma dimensão diferente das já anteriores. Tais direitos seria a conseqüência da globalização do neoliberalismo que, apesar de trazer mais problemas do que os que intenta resolver, possui um conteúdo dentro da sua globalização política que se desenvolve sem estar atrelado à ideologia neoliberal: os direitos fundamentais.

Essa globalização leva à institucionalização do Estado social, gerando os direitos de quarta geração, os quais Paulo Bonavides elenca-os como sendo o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, enaltecendo que compendem a esses direitos o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos, sento tão-somente com eles a legitimidade e a possibilidade da globalização política.

Vale ressaltar que as outras dimensões não deixam de existir com a possibilidade de uma quarta. "Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia"[29] .

Percebe-se que, na visão do renomado doutrinador, "o direito à democracia direta e globalizada é o mais importante dos direitos fundamentais de quarta dimensão, no qual o Homem é a constante axiológica para o qual convergem todos os interesses do sistema"[30] .

Konrad Hesse[31] , implicitamente, coaduna com a posição central da democracia direta como um direito fundamental – mas não o classifica em nenhuma dimensão – ao afirmar que a configuração jurídica dos direitos fundamentais se baseia nos princípios do sufrágio geral, livre, igual e secreto. Assenta, ainda, que esses direitos fundamentais regulam e asseguram a livre e igual participação dos cidadãos na formação da vontade política e, ainda mais, protegem a atividade e a igual oportunidade das minorias políticas e a formação da opinião pública.

Não obstante, Ingo Wolfgang Sarlet[32] afirma que, em outra obra, *A Quinta Geração dos Direitos Fundamentais*, Paulo

24 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 216.

25 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais,* p. 48.

26 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional,* p. 524.

27 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público,* p. 217.

28 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional,* p. 524.

29 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional,* p. 525.

30 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público,* p. 218.

31 HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais, p. In__ *Temas Fundamentais de Direitos Constitucional,* p. 37.

32 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 51.

Bonavides coloca o direito à paz em lugar de destaque:

> Considerações similares dizem respeito ao direito à paz que, na concepção de Karel Vasak, integra a assim designada terceira dimensão dos direitos humanos e fundamentais, mas que, de acordo com a proposta de Paulo Bonavides, movida pelo intento de assegurar ao direito à paz um lugar de destaque, superando um tratamento incompleto e teoricamente lacunoso, de tal sorte a resgatar a sua indispensável relevância no contexto multidimensional que marca a trajetória e o perfil dos direitos humanos e fundamentais, reclama uma reclassificação mediante sua inserção em uma dimensão nova e autônoma.

Demonstra-se que já existe na doutrina considerações acerca de novas dimensões dos direitos fundamentais, contudo, entende o Supremo Tribunal Federal que, por não haver um marco histórico definitivo de cada uma dessas novas dimensões, ainda se está em transição para uma quarta.

3.2 O REFLEXO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Infere-se do *supra* exposto que os direitos fundamentais estão intimamente ligados à história, "fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano"[33] , possuindo um caráter plenamente aberto e mutável. Mas, de que forma esses direitos fundamentais foram incorporados às novas constituições pós-modernas? Ana Paula de Barcellos[34] tenta responder a essa pergunta:

> (...) um dos traços fundamentais do constitucionalismo atual é a normatividade das disposições constitucionais, sua superioridade hierárquica e centralidade no sistema e, do ponto de vista material, a incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais.

Da explicação da citada professora, pode-se chegar a algumas conclusões. Primeiramente, as normas de direitos fundamentais passaram a ao *status* de *normas constitucionais*, passaram a fazer parte do corpo normativo das constituições pós-modernas, formando um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática.

Em segundo lugar, a Constituição foi levada ao topo do ordenamento jurídico. Para Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos[35] , "As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de *normas jurídicas*, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam". E não apenas isso, a Constituição passaria a partir daquele momento a ser a lente pela qual seriam interpretadas todas as normas infraconstitucionais.

Passaram, portanto, as normas constitucionais a serem imperativas, a apontar uma obrigatoriedade de comportamento. "Todas as normas constitucionais, sem exceção, mesmo as permissivas, são dotadas de imperatividade, por determinarem uma conduta positiva ou uma omissão, de cuja realização são obrigadas todas as pessoas e órgãos às quais elas se dirigem"[36].

Para Dirley da Cunha Júnior[37] , essa imperatividade, característica marcante das constituições rígidas, quando enfocada nas normas jurídicas, traz a nova noção de unidade constitucional:

> Em decorrência dessa irrecusável posição de norma jurídica suprema, exige a Constituição que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e regras que ela adota. Essa indeclinável compatibilidade vertical entre as leis e atos normativos com a Constituição satisfaz, por sua vez, o princípio da constitucionalidade: *todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo.* [38]

Sendo assim, conseqüência da superioridade jurídica é a revogação de todas as normas anteriores com ela contrastantes e a nulidade de todas as normas editadas posteriormente à sua vigência. Por outro lado, o ordenamento jurídico passa a compor uma *unidade* por ter todas as suas normas em mesmo nível hierárquico entre si.

A terceira característica marcante é a incorporação de valores e opções políticas às cartas constitucionais, inclusive nas normas fundamentais. A Constituição passa a ser vista como um sistema uno e que privilegia determinados valores. Todas as normas constitucionais possuem, portanto, força normativa, diferenciando-se entre si apenas em relação ao seu *grau* de eficácia [39].

Konrad Hesse[40] leciona que a força normativa da constituição

33 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais,* p. 52-53.

34 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas, In__ *Leituras Complementares de Direito Constitucional*: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, p. 137.

35 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional. In__ *Interpretação Constitucional,* p. 273.

36 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público,* p. 52.

37 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público,* p. 55.

38 Explica o professor, o que significa compatibilização formal e material: "Essa compatibilização deve ser formal, no sentido de que estão de acordo com o modo de produçã legislatvo tracejado na carta maior; e material, no sentido de que o conteúdo desses atos guarda harmonia com o conteúdo da lei magna." (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 55).

39 Comparando a Constituição brasileira atual com as antigas, ressalta Barroso e Barcellos: "A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não-reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a lei fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí por que as Cartas Brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram n prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustação." (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da Histó*ria: A Nova Interpretação Constitucional. In__* Interpretação Constitucional, p. 272).

40 HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. In__ *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, p. 132.

reside justamente na sua adaptação inteligente a uma dada realidade e a possibilidade de se converter em força ativa (a qual se assenta na natureza singular do presente). Afirma o aludido autor que a Constituição não tem possibilidade de realizar nada, contudo, tem o poder de impor tarefas, constituindo-se em *força ativa* justamente no momento em que essas tarefas são efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

Sendo assim, para que os direitos fundamentais possam ter efetividade na realidade social, mister que haja uma Constituição em que suas normas sejam superiores às infraconstitucionais; que as normas constitucionais entre si não possuam hierarquia e que se busque sempre a força normativa da constituição.

Entretanto, para os direitos fundamentais serem efetivos, é necessário que sejam interpretados adequadamente, mas isso só pode ser feito se antes houver um aprofundamento de estudo em relação à estrutura das normas de direitos fundamentais.

3.3 A NOVA POSTURA DAS REGRAS E DOS PRINCÍPIOS NA PÓS-MODERNIDADE

Antes de penetrar no mundo das regras e dos princípios, mister enunciar a origem deles. Ambos são provenientes de textos, os quais farão surgir as normas. Citando Riccardo Guastini, Humberto Ávila[41] assenta que "*Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado". Coadunando com o entendimento, Umberto Eco[42] ressalta que "(...) um texto é apenas um piquenique onde o autor entra com as palavras e os leitores com o sentido".

A norma figura como gênero de onde provêm as regras e os princípios. A despeito de comumente se falar apenas das diferenças entre tais termos, eles também possuem características semelhantes:

> Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.[43]

Robert Alexy afirma que o critério tradicional de distinção entre regras e princípios está atrelado ao *grau de generalidade* entre elas. Para o autor, os princípios figuram como normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto as egras possuem grau de generalidade relativamente baixo[44].

Afirma, ainda, a existência de outros critérios de distinção[45] tais como "a determinabilidade dos casos de aplicação", a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas "criadas" e normas "desenvolvidas" -, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica[46] . Contudo, entende Alexy que há um critério de distinção que distingue nitidamente os dois tipos de normas, que é a característica dos princípios como mandamentos de otimização. De acordo com esta peculiaridade, os princípios devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas. Diferentemente é a postura das regras, as quais são sempre satisfeitas ou não satisfeitas: "Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos" [47].

Sendo assim, confirma-se o maior grau de abstração dos princípios, não regulando condutas e não estabelecendo as hipóteses de situações em que eles poderão incidir. Sua aplicação decorre do sistema denominado *ponderação*, no qual o intérprete, havendo conflito entre princípios no caso concreto, deverá sopesar qual deles tem um valor "maior" *naquele* caso concreto, o que não ocasiona a exclusão do outro princípio, já

41 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios,* p. 30.

42 ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação,* p. 28.

43 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais,* p. 87.

44 Por outro lado, Humberto Ávila tenta classificar outras formas de distinção entre regras e princípios, in verbis: "(...) os critérios usualmente empregados são os seguintes: (...) Em primeiro lugar, há o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma conseqüência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. (...) Em segundo lugar, há o critério do modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos. (...) Em terceiro lugar, o critério do relacionamento normativo, que se fundamenta na idéia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante a ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. (...) Em quarto lugar, há o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada." (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 39).

45 Dentre as diversas possibilidades de distinção entre regras e princípios, vale destacar a distinção quanto ao conteúdo feita por Barroso. Ele assevera que os princípios destacam-se como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados, trazendo em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são *valores*. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são *fins* públicos. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador,e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar-se que regras são descritivas de condutas, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos.

46 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais,* p. 88.

47 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais,* p. 91.

que ele poderá ter um valor "maior" em outro caso.

As regras, por sua vez, possuem caráter objetivo, geral e abstrato, delimitando as condutas e as hipóteses de situações em que ela pode incidir. Nesse contexto, as regras operam-se no sistema denominado subsunção: ocorrendo o fato descrito na norma, a conclusão será a que nela estiver prescrita. Havendo conflito de regras no caso concreto, apenas um deles poderá sair vencedor no momento da interpretação, excluindo-se o outro do ordenamento jurídico. É a modalidade denominada *"tudo ou nada"*.

Lenio Luiz Streck ressalta que não se deve levar ao maniqueísmo de classificar os princípios como "bons" e as regras como "más", pois ambos são importantes para o ordenamento jurídico.

> Distinguir regra e princípio não pode significar que as regras sejam uma espécie de renegação do passado – e de seus fracassos –, tampouco que os princípios traduzam o ideal da "boa normas". (...) Regras (...) produzidas democraticamente podem/devem, igualmente, traduzir a institucionalização da moral no direito. (...) Mas as regras não são "boas" nem "más"; carregam, inegavelmente, um capital simbólico que denuncia um modelo de direito que fracassou: o modelo formal-burguês, com suas derivações que cresceram à sombra do positivismo jurídico.

Em verdade, o pós-positivismo não procura destruir os resultados principais do positivismo. Ele apenas procura colocar valores onde antes não existia [48]. Assim, esses valores ingressaram nas Constituições como *princípios*, tanto implícitos como explícitos, servindo de vetores, guias tanto para os intérpretes do Direito como para seus operadores.

Apesar de estarem sempre presentes no âmbito filosófico e jurídico, os princípios têm seu lugar de destaque na pós-modernidade por causa da sua *normatização*, o que fez com que passassem a ser de cumprimento obrigatório por todos que estejam resguardados por sua carta constitucional.

Para Barroso[49], os princípios possuem três diferentes funções: condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete. Coadunando com o entendimento deste trabalho, salienta o eminente autor que na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Conclui-se, portanto, que ambos os instrumentos interpretativos têm importância no mundo jurídico, os princípios e as regras possuem igualmente o mesmo *status* de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete.

Percebe-se, assim, que a perspectiva pós-moderna e pós-positivista influenciou decisivamente na formação de uma moderna hermenêutica constitucional, sendo o Direito considerado um sistema aberto de valores, pluralista e dialético, não restrito apenas aos operadores do direito.

Esse novo olhar sobre o Direito, principalmente o direito constitucional, trouxe duas características marcante na visão do professor Barroso[50]: a) o compromisso com a efetividade de suas normas; e b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional.

Para fins deste trabalho, iremos ater apenas em relação à primeira característica, a questão da efetividade das normas constitucionais no direito pós-moderno.

3.4. PRINCÍPIOS QUE MATERIALIZAM A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Observa-se que a pós-modernidade, juntamente com o neoconstitucionalismo, proporcionou o ingresso dos valores às novas cartas constitucionais. Mas não apenas isso. As novas mudanças possibilitaram a visão do ordenamento jurídico como um sistema aberto de regras e princípios. Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug[51] asseveram que as constituições atuais devem ser compreendidas como um sistema normativo dinâmico, posto que ela não se encontra apartada da sociedade que visa a regular. Assentam que deve haver uma relação de reciprocidade entre a realidade fática e a normativa, de modo que a realidade fática penetra na realidade normativa e vice-versa.

A fim de adequar a realidade fática à normatização, alguns princípios se destacam na busca da efetividade das normas constitucionais, trazendo forte carga axiológica que lhes são peculiares e ajudando na interpretação do ordenamento como um todo.

a) Princípio da Efetividade

O primeiro deles a ser lembrado é o Princípio da Efetividade. Tal princípio acresce uma nova característica aos atos jurídicos em geral, os quais na doutrina clássica se dividem em três planos: o da existência, validade e eficácia. Barroso e Barcellos[52] assim

48 No mesmo entendimento, Bittar (O Direito na Pós-Modernidade, p.108) assenta que a pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal) ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão.

49 BARROSO. Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas (...). p30

50 BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas (...). p.42

51 BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais, In__ *Interpretação Constitucional,* p. 150

52 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional. In__ *Interpretação Constitucional,* p. 303

o define: "*Efetividade* significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social".

Ou seja, o intérprete, no momento de analisar a norma constitucional, deve interpretá-la de acordo com a realidade fática, devendo escolher, entre as várias interpretações possíveis, aquela que melhor alcance a vontade da constituição.

Contudo, André Puccinelli Júnior[53] adverte que não se deve confundir os termos *eficácia* com *efetividade*. *In verbis*, assim expõe os dois conceitos:

> A primeira designa a qualidade, que de resto acompanha todas as normas jurídicas, de produzir em maior ou menor grau os seus efeitos típicos. Diz respeito apenas à potencial aptidão do ato normativo para surtir efeitos a que se preordena, sem nutrir a preocupação de investigar se tais efeitos realmente vingaram ou se a norma é de fato respeitada e cumprida no âmbito das relações sociais. É neste quarto plano, o da realidade subjacente, que emerge o conceito de efetividade ou eficácia social, retratada por Kelsen como a particularidade de uma norma jurídica ser efetivamente aplicada e observada na ordem dos fatos.

Ocorre que, apesar da norma constitucional "nascer" para ser efetiva, para ter cumprimento espontâneo desde o seu surgimento, é inquestionável que muitas das normas da Carta Magna não são plenamente efetivas, e isso ocorre basicamente por dois motivos: "I) quando a norma contraria tendências e valores socialmente arraigados; II) quando sua concretização colide com interesses poderosos, influentes sobre os próprios organismos estatais"[54] .

Ora, na primeira hipótese, a norma já nasce viciada. Como exposto acima, a norma constitucional deve estar relacionada com a realidade fática, ocorrendo entre a norma e a realidade prática uma relação dialética, na qual uma influência a outra. Na hipótese em análise, isso não ocorre, motivo pelo qual a norma acaba não surtindo efeitos concretos.

A segunda hipótese é mais preocupante, e tem nítida relação com o objetivo deste trabalho. Aqui, a norma não se concretiza por opção daquele que detém poder, o que impossibilita a efetividade da norma constitucional. Ocorrendo, por exemplo, quando a norma constitucional obriga à criação de uma determinada lei e o poder legislativo não cumpre com sua devida obrigação. Seja porque não é interessante por alguns dos parlamentares, seja em virtude do *lobbie* que ainda vicia o parlamento, seja por outros grupos de interesse na mantença da situação do *status quo*. Desta forma, a norma não é efetiva em virtude da própria atuação daqueles que teriam a obrigação de cumpri-la.

O princípio da efetividade surge justamente para tentar coibir este tipo de ação que prejudica a concretização da norma constitucional. Serve como um reforço para o princípio da supremacia da constituição, procurando cada vez mais a aplicabilidade plena das normas constitucionais.

Percebendo a importância e a extensão de complexidade do princípio da efetividade André Puccinelli Júnior o desdobra em outros dois subprincípios: o da proibição do retrocesso social e da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os quais são importantes a ser lembrados.

b) Princípio da Proibição do Retrocesso Social

Ingo Wolfgang Sarlet[55] pondera que, apesar do princípio em tela não estar explícito na carta constitucional de 1988, pode-se perceber a sua consagração em algumas passagens da carta, como a garantia constitucional do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias legislativas dos direitos fundamentais são para o citado autor decisão clara do constituinte em prol da vedação do retrocesso. Completa o seu pensamento afirmando que também é uma hipótese de proibição do retrocesso social:

> (...) a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, notadamente de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuprimíveis (inclusive tendencialmente), pelo nosso Constituinte.

Procura-se com o aludido princípio fazer com que os direitos alcançados pelos cidadãos não sejam alvo de posterior restrição. O que se combate aqui é a impossibilidade de restrição de direito já incorporado ao patrimônio jurídico do cidadão. Coadunando com o entendimento deste trabalho, Canotilho[56] , analisando os direitos de segunda dimensão e o princípio da proibição do retrocesso, assenta que:

> (...) os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência,direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações econômicas difíceis, recessões econômicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subctração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos [...]. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constituiu um limite jurídico do legislador, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução

53 PUCCINELLI JÚNIOR, André. A *Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado legislador*, p. 71-72.

54 PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado legislador*, p. 72.

55 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica*: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro, In__ http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54

56 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional.* 5. ed., Coimbra: Almedina, 1995, p. 468-469.

> de uma política congruente. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social.

Fruto de um Estado social e democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 tem por objetivo a concretização de suas normas constitucionais. E essa efetivação não poderia ser alcançada se, quando conseguisse a concretização de algumas de suas normas, fossem posteriormente restringidas.

André Puccinelli Júnior[57] explica que esse princípio passou a ser ventilado nos tribunais brasileiros após as quatro dezenas de emendas que alteraram a constituição brasileira, em especial no campo da Previdência Social. Enquanto se esperava pela regulamentação das normas programáticas que a constituição elencou, o poder público preferiu alterar direitos já conseguidos pelos cidadãos. Decididos a refrear o ímpeto neoliberal, os tribunais superiores, após algumas hesitações, acabaram assimilando a proibição do retrocesso social para declarar a inconstitucionalidade de investidas voltadas a suprimir ou minimizar os novos direitos econômicos, sociais e culturais incorporados à Carta de 1988.

O aludido autor marca como ponto decisivo de virada de entendimento a decisão proferida pelo STF em 24 de abril de 1999, a qual concedeu medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade movida pelo Partido Socialista Brasileiro (ADIn 1.946 MC/DF – Distrito Federal). No processo, o Partido impugnou o art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/98, o qual havia limitado os benefícios previdenciários devidos aos segurados do regime geral ao importe máximo de R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), alcançando, por via reflexiva, o pagamento da licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII, CF. Analisando o caso, o STF considerou que "à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da EC 20/98, de modo a torná-lo insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado".

Desta forma, o STF impediu um retrocesso social por alteração da própria carta magna, o que demonstra que nem mesmo as normas constitucionais podem restringir um direito do cidadão sem ao menos ampliar outro.

Outro exemplo semelhante traz Ingo Wolfgang Sarlet[58] ao analisar o Tribunal português, no qual o Tribunal Constitucional de Portugal, no acórdão nº 39 de 1984:

> "(...) declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde Esta mesma concepção encontrou acolhida também na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, que, já há algum tempo (Acórdão nº 39, de 1984), declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), ainda mais em se levando em conta que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (art. 64/2 da CRP), posição esta que, em linhas gerais, restou reafirmada pelo mesmo Tribunal Constitucional ao reconhecer, recentemente, a inconstitucionalidade da exclusão – por meio de lei - das pessoas com idade entre 18 e 25 anos (mesmo com ressalva dos direitos adquiridos) do benefício do rendimento mínimo de inserção, que havia substituído o rendimento mínimo garantido, que contemplava esta faixa etária.

Convém assinalar que o princípio em debate está intimamente relacionado ao da máxima efetividade das normas constitucionais. Seria uma incongruência a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais juntamente com a hipótese de retrocesso social [59].

57 PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado legislador*, p. 75.

58 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica*: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro, In__ http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54

59 Exemplificando as hipóteses de proibição do retrocesso social na Carta Magna de 88, leciona Ingo Wolfgang Sarlet: "Sem que se pretenda aqui esgotar nem aprofundar isoladamente todo o leque de razões passíveis de serem referidas, verifica-se que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso, como já sinalizado, decorre implicitamente do sistema constitucional, designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional:

a) O princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;

b) O princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;

c) No princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida;

d) As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, caput, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito;

e) O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;

f) Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo;

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet[60] ressalta que a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo. Dada a importância do tema, estudar-se-á o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais no ponto a seguir.

c) Princípio da Aplicabilidade Imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais. O art. 5º, § 1º da CF/88.

Característica peculiar na Constituição de 1988, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, com fundamento legal no art. 5º, § 1º da CF/88, tem o objetivo de conferir maior efetividade às normas constitucionais, servindo de guia para os legisladores no momento de criação ou alteração das novas normas e de parâmetro para a busca da efetividade de direitos.

Verbera o referido dispositivo que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Embora localizado topograficamente no título dos direitos e garantias fundamentais, esse princípio alcança todas as normas de direitos fundamentais, mesmo que não estejam dentro deste título[61] . Percebe-se, com isso, que o "(...) o constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais (...).[62]"

Pretendeu o constituinte que os direitos e garantias fundamentais tivessem conferidas a sua aplicabilidade deste o momento da sua promulgação, não necessitando de nenhuma regulamentação posterior, seja ela legislativa ou executiva, para que começasse a produzir efeitos, "sujeitando os Poderes Públicos ao dever de conferir máxima e imediata eficácia às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais"[63] .

Já que os Poderes Públicos são um dos destinatários das normas que consagram os direitos fundamentais, cabe identificar em que medida o legislador e os órgãos jurisdicionais podem realizar tal princípio. Neste sentido, pondera Flávia Piovesan[64] que compete ao legislador no que tange aos direitos fundamentais:

> a) proceder em tempo razoável útil à sua concretização, sempre que esta seja necessária para assegurar a exeqüibilidade de normas, sob pena de inconstitucionalidade por omissão; b) mover-se no âmbito desses direitos, sendo-lhe vedado que, a pretexto da concretização de direitos por via legal, opere uma redução da força normativa imediata dessas normas, trocando-a pela força normativa de lei; c) não emanar preceitos formal ou materialmente incompatíveis com essas normas.

Por seu turno, assenta a autora que compete aos órgãos jurisdicionais:

> a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras.

Destaque-se a referência que Dirley da Cunha Júnior[65] faz ao ensinamento de Canotilho e Vital Moreira, os quais afirmam que a aplicação direta dos direitos fundamentais não significa apenas que os direitos fundamentais se aplicam independentemente da intermediação legislativa, significando também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.

Busca-se, portanto, fazer com que os direitos fundamentais sejam efetivamente aplicados. Desta forma, figura injustificável a existência de normas de eficácia limitada (que precisam de posterior regulamentação) quando da existência deste dispositivo, afinal, elas já se materializam como efetivas desde a sua promulgação. Ou seja, "a questão não está mais em discutir

g) Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior. Precisamente neste contexto, insere-se a também argumentação deduzida pelos votos condutores (especialmente do então Conselheiro Vital Moreira) do já referido leading case do Tribunal Constitucional de Portugal, versando sobre o Serviço Nacional de Saúde, sustentando que "as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados", aduzindo que "após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar esta lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos (grifo nosso); mas não pode vir a extingui-los ou revogá-los". (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica*: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro, In__ http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54).

60 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica*: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro, In__ http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54

61 Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior: "Para nós, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário)." (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 271).

62 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais,* p. 262.

63 PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Legislativa Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado legislador*, p. 79.

64 PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. p. 107-108.

65 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 273.

se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais, que é pressuposto, mas sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata"[66] . Esta, então, comparar a aplicabilidade das normas constitucionais com o princípio da aplicabilidade imediata das normas constitucionais.

4. A TEORIA DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

Tema de recorrente estudo pelos doutrinadores atuais, o aprofundamento quanto a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais teve início com o trabalho desenvolvido por José Afonso da Silva.

Para o renomado autor[67] , todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, contudo, em diferentes graus, levando-o a classificar as normas constitucionais em: *a)* normas de eficácia plena; *b)* normas de eficácia contida; *c)* normas de eficácia limitada (sendo esta última subdividida em normas de princípio institutivo ou organizativo e normas de princípio programático).

José Afonso da Silva define as normas de eficácia plena como sendo "aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular."[68] Da exposição do professor, percebe-se que não há a necessidade de posterior normatização por parte do legislador para que esse tipo de norma se torne efetiva. Conclui-se, portanto, que as normas de eficácia plena são aquelas que direta e imediatamente satisfaçam os direitos que prescreve, o que as tornam normas *auto-aplicáveis*. Nesse sentido, Flávia Piovesan[69] ressalta que tais normas não exigem a elaboração de novas normas legislativas porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.

Por seu turno, as normas de eficácia contida são aquelas em que o "legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados."[70] Desta forma, as normas de eficácia contida também possuem aplicabilidade direta e imediata, porém, podem vir a sofrer restrições futuras por parte do legislador.

Já as normas de eficácia limitada são aquelas em que o legislador constituinte preferiu não disciplinar totalmente o direito, deixando a cargo do legislador ordinário o exaurimento do tema. Percebe-se, assim, que, diferentemente das normas anteriores, ela não tem aplicabilidade direta e imediata, haja vista a necessidade de posterior regulamentação pelo legislador. Desta forma, a aplicabilidade das normas limitadas acaba sendo do tipo direta e mediata, ficando sujeita a devida normatização.

Para José Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada subdividem-se em dois grupos: *a)* normas constitucionais de princípio institutivo (ou organizado); e *b)* normas constitucionais de princípio programático.

As primeiras, normas constitucionais de princípio institutivo ou organizado, como o próprio nome já diz, se destinam a criar organismos ou entidades. "São de eficácia limitada porque dependem de lei para alcançarem a plenitude. Quer dizer, elas instituem órgãos ou entidades, que necessitam do legislador para lograrem funcionamento. São exemplos dessas normas: o art. 18, § 2º; (...) entre outros."[71]

A fim de evitar dilações doutrinárias, José Afonso da Silva explica que o sentido do termo *princípio* da norma constitucional em destaque tem acepção própria de "começo", "início", dando apenas as coordenadas primárias para o começo do órgão ou entidade, mas "deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para a lei complementar ou ordinária, como dá exemplo o art. 33 da Constituição: 'A *lei* disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios."[72]

O festejado autor ainda subclassifica as normas constitucionais de princípio institutivo em duas espécies, impositivas ou facultativas. Importante para o nosso estudo entender a dimensão desses institutos.

As normas impositivas são aquelas que determinam, ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa. Ilustrativo o exemplo referente ao art. 88 da Constituição, o qual verbera que "A lei *disporá* sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios". Já as normas facultativas não impõem uma obrigação, mas limitam-se a dar ao legislador ordinário a *possibilidade* de instituir ou regular a situação nelas delineadas. Exemplo claro é o art. 125, § 3º: "A lei estadual *poderá* criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual (...)".[73]

Conclui-se, portanto, que nas normas impositivas há a obrigatoriedade do legislador de emitir o comando normativo. Nas normas facultativas, diversamente, há a faculdade do legislador, se considerar conveniente, de regular determinada

66 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, p. 283.

67 A classificação proposta por José Afonso da Silva partiu da classificação de Vezio Crisafulli. Este classificou as normas constitucionais em apenas dois tipos: as de eficácia plena e as de eficácia limitada. Ficou a cargo do eminente autor brasileiro a inserção de um terceiro grupo a essa classificação.

68 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* p. 101.

69 PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas.* p. 67.

70 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* p. 116.

71 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. p. 162.

72 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* p. 119.

73 Sobre o tema, v. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. p. 126-127. Importante, também, sua consideração acerca da obrigatoriedade da regulamentação: "Algumas normas obrigatórias chegam, mesmo, a marcar data até a qual a lei reguladora deverá estar votada, como foi exemplo o art. 4º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de São Paulo, de 13 de maio de 1967, e é também o caso de várias disposições transitórias e finais da Constituição italiana." (p. 128)

matéria constitucional.

Por seu turno, as normas constitucionais programáticas fazem parte das constituições contemporâneas, haja vista serem elas os componentes sócio-ideológicos das constituições atuais. Sobre o seu surgimento e importância, elucida o professor Luís Roberto Barroso[74] :

> Na esteira do Estado intervencionista, surtido do primeiro pós-guerra, incorporaram-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida, em sentido mais amplo. Algumas dessas normas definem direitos, para o presente, que são os direitos sociais; outras contemplam certos interesses, de caráter prospectivo, firmando determinadas proposições diretivas, desde logo observáveis, e algumas projeções de comportamentos, a serem efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade.

Modernamente, é de grande relevância jurídica, mas já sofreu muitas críticas por diversos autores, haja vista tais normas terem servido, anteriormente, apenas como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica.

Procura-se através delas o fim social do direito, é uma busca incessante para uma democracia substancial, de justiça social e de bem comum. "Apontando aos valores sociais e especialmente ao da justiça social, as normas programáticas indicam o sentido dos fins sociais e do bem comum que devem guiar o intérprete e o aplicador do direito, ou seja, traduzem sentido teleológico para a interpretação."[75]

Para Crisafulli, as normas programáticas são "aquelas normas constitucionais com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado aos seus órgãos, legislativos, de direção política e administrativos, precisamente como um programa que a eles incumbe a obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas atividades." [76]

Nessa perspectiva, percebe-se que as normas programáticas[77] não regulam a matéria em si a que se referem, mas sim a atividade estatal para que se alcance a devida matéria. A norma programática fixa um programa para que a atividade estatal o realize.

Contudo, não se deve perder de alcance que, mesmo não havendo a normatização posterior, as normas programáticas possuem alguns efeitos diretos, imediatos e vinculantes. A fim de revelar tais efeitos, esclarece-nos Dirley da Cunha Júnior:

> a) estabelecem um dever para o legislador infraconstitucional;
> b) condicionam a legislação futura, implicando na inconstitucionalidade das leis ou atos que as ofendam;
> c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a fixação de fins sociais;
> d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
> e) condicionam a atividade discricionária da administração, do legislador e do judiciário, e
> f) criam situações subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.[78]

Percebe-se, assim, que as normas programáticas não regulam uma conduta exigível, mas, indiretamente, invalidam determinados efeitos que lhes sejam antagônicos.

No mesmo sentido, afirma Ingo Wolfgang Sarlet[79] que é característica das normas de eficácia limitada, além de obrigar o legislador a atuar no sentido de concretização do direito fundamental, impedi-lo de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade do direito fundamental.

Visto as principais características das normas constitucionais e suas espécies em relação a sua eficácia, falta-nos relacionar a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais com o objeto deste ensaio, qual seja, o combate às omissões inconstitucionais.

O primeiro passo é saber quais tipos de normas constitucionais poderá dar ensejo às omissões inconstitucionais. Primeiramente, deve-se ter em mente que, se todas as normas na Constituição fossem de eficácia plena, não haveria nenhum tipo de omissão, muito menos de omissão inconstitucional. "Melhor dizendo, se todas as normas da Constituição tivessem aplicabilidade imediata e integral, não haveria espaço para a omissão legislativa inconstitucional."[80]

Portanto, no estudo das omissões inconstitucionais fica de fora a análise das normas de eficácia plena e contida, sendo alvo principal desse estudo as chamadas normas de eficácia limitada.

Foi visto também que as normas constitucionais de eficácia limitada, de acordo com José Afonso da Silva, se subdividem em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

Dentre as normas de princípio institutivo, foi dito que podem ser divididos nas categorias impositivas, nas quais o legislador é obrigado a regulamentar a ordem constitucional; ou facultativas, as quais conferem ao legislador certo grau de

74 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.* p. 118.

75 PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas.* p. 69.

76 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* p. 137-138.

77 Salutar o entendimento de Jorge Miranda. Para ele, as normas programáticas "são de aplicação diferida,e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados". (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 09)

78 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* p. 163.

79 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* p. 366.

80 PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas.* p. 78.

discricionariedade quanto a regulamentação das normas em apreço.

Fica claro que, como as normas facultativas conferem apenas uma *faculdade* ao legislador de regular a normas, não configura omissão a sua não-normatização. Por outro lado, no momento em que o parlamentar não legisla sobre um comando que a Constituição o obrigou, surge a necessidade de um controle para que ele exerça a sua devida função.

Em relação às normas programáticas (vinculada ao princípio da legalidade, referente aos poderes públicos ou dirigidas à ordem econômica-social em geral), deve-se procurar o mesmo questionamento: em quais dessas espécies a omissão do legislador em disciplinar o comando proveniente da Constituição configura uma omissão inconstitucional.

De acordo com a professora Flávia Piovesan, "só há uma que se relaciona ao objeto do estudo proposto: as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade. Nesta hipótese, as normas programáticas dependem, necessariamente, de providências normativas ulteriores que venham a desenvolver a sua aplicabilidade."[81]

Conclui-se, assim, que o objeto do estudo hora pleiteado centra-se nas normas constitucionais limitadas de princípio institutivo de caráter impositivo e nas normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade[82] .

Procura-se através da regulamentação das normas de eficácia limitada que a justiça seja realizada na esfera social, uma vez que até hoje o legislador brasileiro possui o vício de se distanciar da realidade social ao elaborar os projetos de lei. Em virtude disso, ansiosos pela realização dos direitos que tanto almejam, a sociedade procura cada vez mais o judiciário com o escopo de concretizá-los e superar a leniência legislativa.

A fim de que as normas de eficácia limitada sejam efetivamente realizadas, mister o auxílio do judiciário para suprir a omissão legislativa. Deve o juiz procurar, através dos princípios constitucionais citados – e através dos novos métodos hermenêuticos[83] – efetivar as normas constitucionais carentes de aplicabilidade real.

Em vista disso, cada vez mais se procura o judiciário através dos seus diversos instrumentos para suprir a mora legislativa: o mando de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação de descumprimento de preceito fundamental.

Dirley da Cunha júnior (2009, p. 132) assenta que a Constituição Cidadã não figura mais como um mero instrumento de governo que fixa competências e ordena processos, pelo contrário, ela é um plano normativo global que enuncia metas, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade. Ela não é apenas uma "Constituição Social", vai além, sendo "Dirigente", "promissora" e "aberta para o futuro".

Desta forma, é incoerente a existência de um Estado Democrático de Direito em que ainda existam normas que não são efetivamente realizadas em virtude da leniência de um dos seus órgãos. Para que ela seja realmente "aberta para o futuro", mister que ela seja eficaz.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A evolução do constitucionalismo está diretamente ligada à evolução dos direitos fundamentais. Afinal, só passa a existir *direitos fundamentais* quando eles passam a ser positivados.
2. Contudo, a positivação inicial dos direitos fundamentais estava vinculada ao direito natural. Só era considerado direito *fundamental* o que fosse fundamental em todo tempo e espaço.
3. A ascensão do Iluminismo e a centralização da razão como busca da verdade fez com que se extirpasse os valores das normas constitucionais. A tentativa de transforma o Direito numa ciência similar a uma ciência natural trouxe grandes problemas econômico-sociais.
4. Surge, assim, o estudo da evolução dos direitos fundamentais, os quais se consubstanciam nas chamadas *dimensões.* Diretamente ligada à história humana, cada período histórico trará um tipo de dimensão diferente, possibilitando o amadurecimento e amplitude dos direitos fundamentais.
5. A volta da carga axiológica às normas fundamentais foi a resposta encontrada à cientificização do Direito. Isso fez com que surgissem duas espécies de normas: as regras e os princípios.
6. Com um grau de generalidade muito maior, os princípios passam a ser o grande impulsionador das transformações constitucionais. Através deles, é possível a busca da força normativa da constituição.
7. Dentre os princípios fundamentais principais, encontra-se o princípio da supremacia constitucional – no qual a Constituição figura como o *documento* mais importante do ordenamento jurídico –; o princípio da máxima efetividade – no qual deve-se procurar sempre a real efetividade das normas constitucionais –; e o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais – o qual defende que todas as normas de direitos e garantias fundamentais devem ter aplicabilidade imediata desde a sua promulgação.
8. Desta forma, indiscutível a importância do estudo das normas de eficácia limitada (ao lado das de eficácia plena e de eficácia contida). Como são normas que necessitam de posterior normatização legislativa, pode

81 PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. p. 79.
82 Seguiu a mesma linha de raciocínio o professor Alexandre de Moraes ao explicar o tema referente à Ação de Inconstitucionalidade por Omissão: "As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a Constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão." (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. p. 686)
83 Nesse sentido, Habermas, Häberle e Müller.

ocorrer da regulamentação não advir, o que tornaria a norma inócua.

9. De acordo com o entendimento deste trabalho, mister que os princípios *supra* citados sejam aplicados, fazendo com que a norma limitada seja interpretada de forma a realizar a força normativa da constituição, possibilitando que ela seja aplicada de forma efetiva. Os novos métodos hermenêuticos são de extrema relevância para a concretização das normas constitucionais.
10. Ainda há a possibilidade de instrumentos judiciais para suprir a leniência legislativa, quais sejam: o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação de descumprimento de preceito fundamental.

6. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura Agra. Neoconstitucionalismo e a Superação do Positivismo. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.) *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2007, p. 431-446.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5a ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

_____. BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.) *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2007, p. 217-316.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A Interpretação como Fator de Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.) *Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2007, p. 145-164.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

_____. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ECO, Humberto. *Interpretação e Superinterpretação.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais. Trad. Carlos dos Santos Almeida. In: KONRAD, Hesse. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23-72.

_____. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. In: KONRAD, Hesse. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-146.

NOVELLINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional:* Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas:* ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A Omissão Inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador.* São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica:* dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em <www.mundojuridico.com.br> Acessado em 30 nov. 2009.

SILVA. José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA NETO. Manoel Jorge e, *Curso de Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A Resposta Hermenêutica à Discricionariedade Positivista em Tempo Pós-Modernos. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional:* Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Editora Método, 2008, p. 285-315.

REPRODUÇÃO ASSISTIDA: AS NOVAS TÉCNICAS REPRODUTIVAS CONCEPTIVAS (NTRC) – UMA AMPLIAÇÃO DAS ESCOLHAS PARA AS MULHERES OU UM REFORÇO AOS SISTEMAS SEXISTA E DE CLASSE?

Jaylla Maruza R. S. e Silva[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O Feminismo enquanto opressão: A diferença que se converte em desigualdade – 2.1. A vulnerabilidade dos diferentes: Breve comentário - 3. Técnicas de Reprodução Assistida e a doação compartilhada de óvulos – 3.1. Doação de óvulos – 2.1.1. Doação compartilhada de óvulos: Questões sociais de classe e de gênero – 4. O discurso jurídico e suas regulamentações – 4.1. Direitos sexuais e reprodutivos: Um direito fundamental para mulheres – 5. Conclusões - 6. Referências.

1. Introdução

Outrora, quando a convivência humana estabeleceu-se de forma sedentária, o homem; longe do desejo de explorar a natureza com o objetivo de dominá-la ou mesmo, quem sabe, substituí-la, mantinha com a mesma uma relação estável. As mudanças no comportamento humano frente à natureza trouxeram transformações que atingem todos os setores da vida social.[2]

Neste contexto está inserida a biotecnologia e as espécies nas quais estas técnicas serão aplicadas e, refletidas. A sociedade caminha para um fim cada vez mais consumista, onde tudo que é ofertado tem, por certo, que ser consumido.

Diante da afirmação de Capra[3] , de que todas as espécies estão ligadas em rede, de forma que, o comprometimento de um ecossistema implicará, mesmo que indiretamente, na sobrevivência de outros e; do entendimento pelo ser humano de que ele é mais uma espécie integrante desta rede, é crescente a tentativa da preservação vida e da coexistência da diferença.

As técnicas reprodutivas compõem tal cenário de desenvolvimento, com o intuito apriorístico de facilitar a vida daquelas pessoas que não podem ter filhos de forma natural.

E foi assim com as técnicas reprodutivas contraceptivas para as mulheres que lutavam, entre outras questões, por liberdade de escolha, dissociando a relação sexual da procriação.

Acontece que tais técnicas também tornaram-se conceptivas, retomando o tema da possibilidade libertária para as mulheres que parecem passar, também, à conquistar a procriação sem sexo, já que anteriormente já conquistara o sexo sem a procriação.

Todavia, estes não são os únicos efeitos trazidos por essas novas técnicas medicalizadas. Ao contrário. Elas deram continuidade "ao modelo de dominação e utilização de seus corpos pelo poder médico, (...) masculino, e a serviço, consciente ou inconscientemente, da sociedade dos homens"[4]. E este é o tema que interessa ao presente trabalho.

Utilizando como exemplo, a técnica de doação compartilhada de óvulos, que envolve, necessariamente, uma mulher rica e outra pobre, pretende-se analisar se a disseminação das novas tecnologias reprodutivas conceptivas são opções que permitem que as mulheres exerçam sua autonomia ou, não passam de reforço aos sistemas sexistas e de classe, mascarado pelo planejamento maternal.

Importante tratar da opressão sobre a mulher e da possibilidade da coexistência na diferença. Reconhecendo que, em que pese a vulnerabilidade ser ontológica, nada impede afirmar que há grupos estigmatizados socialmente, aos quais é necessária uma especial atenção, em busca da equidade. As mulheres representam um desses grupos que possuem uma vulnerabilidade acrescida.

Ainda carente de regulamentação e de políticas públicas, as NTRc (Novas Técnicas de Reprodução Conceptivas) continuam sendo aplicadas sem nenhuma fiscalização comprometendo, a curto prazo a saúde dessas mulheres que vêm seus corpos fragmentados, em favor de uma comercialização da vida, que se configura com a falta de informação devida, pelos profissionais da saúde, ao contrario, na falsa garantia da fabricação do filho. E, em longo prazo, o comprometimento alcança o patrimônio genético da espécie humana.

Os riscos são inúmeros, decorrentes da baixa eficácia destas técnicas provocando a gestação múltipla e, quando levada a termo, os problemas socioeconômicos dos casais marginalizados financeiramente; a redução embrionária, a morte dos bebês ou mesmo seu nascimento deficiente, entre tantos outros.

Urge a necessidade de limites através de regulamentação, fiscalização; principalmente das clinicas privadas, políticas públicas de saúde e, informação à sociedade dos reais riscos impostos por essas técnicas.

2. O Feminismo Enquanto Opressão: A diferença que se converte em desigualdade.

Conforme Álvaro Cruz[5] , em tempos primitivos, a mulher possuía um alto valor na sociedade pelo fato de poder gerar filhos. Isto, era visto como algo sobrenatural, fazendo com que

1 Mestranda em Direito Privado no Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFBA. Especialista em Direito Civil pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFBA. Professora do curso de Direito da UNIRB e Advogada.

2 KILCA, Marcelo; BERNARDES, Marcio de Souza. A BIODIVERSIDADE EM CENA: diagnósticos da dificuldade de conferir valor econômico para as relações ecossistêmicas. In: *Eco direito*. O direito ambiental numa perspectiva sistêmico-complexa. EDUNISC. p.197.

3 CAPRA, Fritjof. *As Conexões Ocultas.* Ciencia para uma vida sustentável. Trad.: Marcelo Brandão ipolla. São Paulo: Cultrix, 2002. Cap. Seis. PASSIM.

4 ATLAN, Henri. *O Útero Artificial.* Tradução de Irene Ernest Dias. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2006. p.87.

5 CRUZ, Alvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença.* As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2ª Ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 52-54.

o homem não compreendesse seu papel reprodutivo. Nesta época, culturalmente de caça de pequenos animais, na qual a mulher ocupava o centro da sociedade, e por não haver a transmissão de herança, a relação sexual era vista com muita liberdade.

Pensando no plano dos mitos da humanidade (à algumas dezenas de milhares de anos), antes mesmo do reconhecimento da relação de causa e conseqüência entre o coito e a gravidez (nascimento), Henri Atlan[6] , reflete sobre a existência exclusiva das mães à imagem da Terra Mãe, que sozinha gerava e nutria, com seu leite, seu(s) filho(s).

Acreditava-se, nesta época, que estas mulheres, em estado gravídico, poderiam ter comido algum animal que as tivesse penetrado ou mesmo estarem possuídas por algum espírito. O certo é que, os homens, excluídos daquele procedimento, ficavam imbuídos de defender/proteger e sustentar àqueles clãs matriarcais.

Passada essa fase primitiva e mitológica, de prevalência feminina, rompe-se outra; ainda conforme Álvaro Cruz, na qual a necessidade da força física para efetuar caça de animais de grande porte faz com que o homem comece a entender sua importância biológica. Surge o casamento, a transmissão da herança e a divisão de funções entre o homem e a mulher.

Com o surgimento da agricultura, acompanha a necessidade das pessoas fixarem-se em determinado local. É a idéia de propriedade e das sociedades patriarcais, onde os filhos representam a força braçal, para o trabalho e as mulheres submetem-se aos homens.

Na cena mitológica, suscitada acima, a ligação entre a sexualidade e a procriação é descoberta e, por conseguinte, dá origem à paternidade. Tudo isso, durante uma progressiva transformação social matriarcal em patriarcal. Institui-se, então a autoridade do homem sobre o corpo da mulher, que passa a representar apenas instrumento receptor passivo da semente masculina, única ativa.

Invertem-se os pólos e o poder de gerar um ser humano, que consagrou a mulher nos tempos primitivos, é agora visto como a única função da mulher: perpetuar a espécie do homem. É a fragilidade e a fraqueza simbolizadas pela mulher.

O sexo, controlado, só serve para a procriação. Caso feito com finalidade diversa será tido como pecado. Já não há mais prazer no sexo. Ao contrario, o sexo é instrumento da dominação do homem sobre a mulher. Essa repressão já perdura há quatro milênios.[7]

A luta, em favor da emancipação feminina intensificou-se século passado e, começou a consolidar-se em 1948, nos Estados Unidos, através da aprovação da 19ª Emenda, dando às mulheres direito ao voto.[8]

Essa não era a única forma de opressão. Havia ainda a incapacidade relativa da mulher casada; que só encerrou com a Constituição da Republica de 1988, o impedimento para a mulher estudar; principalmente na carreira jurídica, tida como atividade masculina, alem das questões trabalhistas; onde os maridos poderiam interferir nos trabalhos de suas mulheres (cessando, apenas com a lei n. 4121/62), além da diferença salarial existente ate os dias atuais. Esses são apenas exemplos da opressão feminina.[9]

A discriminação feminina ainda existe, mesmo que, por vezes; como em alguns casos de aceitação (seleção) empregatícia, seja camuflada. Assim como a opressão dos homens que quando não se concretizam (como nos casos de violência domestica praticada pelos maridos ou mesmo os estupros, também praticados pelos maridos ou parentes) continuam sendo tentados, muitas vezes pelos maridos/homens que entendem, por exemplo, serem as atividades do lar obrigação e função feminina.

O movimento feminista lutava pela igualdade de gênero e viu na bioética uma perspectiva critica frente às desigualdades sociais, especialmente a de gênero. Sobre este vocábulo há duas posições, senão vejamos: àquela que explica os comportamentos, diferenças, relações e hierarquia entre o homem e a mulher através das questões biológicas e naturais (essencialista); e, a que defende gênero como a locução usada para tratar da organização social da relação entre os sexos. Para Scott[10] , historiadora norte americana:

> ***"Gênero é a organização social da diferença sexual. O que não significa que gênero reflita ou implemente diferenças físicas fixas e naturais entre homens e mulheres mas sim que gênero é o saber que estabelece significados para as diferenças corporais. Esses significados variam de acordo com as culturas, os grupos sociais e no tempo (...) Não podemos ver a diferença sexual a não ser como função de nosso saber sobre o corpo e este saber não é "puro", não pode ser isolado de suas relações numa ampla gama de contextos discursivos." (grifos nosso)***

A bioética de inspiração feminista surgiu, portanto, sob um ponto de vista formal, na década de 90, com publicação de pesquisas sobre o tema. Vale ressaltar que reflexões sobre uma ética feminista já existiam desde a década de 60[11] .

Assim, o pressuposto feminista é o de critica à todas as formas de opressão social e, portanto, a bioética feminista utilizou-se desta crítica feminista para provocar os pressupostos abstratos e universalistas da bioética principialista. Nesta mesma cena, de forma concomitante, outras teorias críticas

6 ATLAN, Henri. *O Útero Artificial.* Tradução de Irene Ernest Dias. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2006, p.86.

7 CRUZ, Alvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença.* As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2ª Ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 52-54.

8 Ibidem. p. 59.

9 Ibidem. p. 61/63.

10 SCOTT, Joan W. APUD TELLES, Edna de Oliveira. *Significados de Gênero no Cotidiano Escolar de uma Escola Pública Municipal de São Paulo.* Acesso em http://www.anped.org.br/reunioes/27/ge23/p233.pdf, em 22/05/2010, às 01h56min.

11 DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. *Bioética Feminista:* o Regaste Político do conceito de Vulnerabilidade. Acesso em http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v7/bioeticafeminista.htm, em 18/05/2010, às 22h43min.

(chamadas por Diniz de bioética crítica) como as anti-racistas e de estudos culturais, também passaram a fazer parte do debate da bioética[12] .

Entretanto, não significa dizer que a teoria feminista era avessa ao principialismo, tendo em vista que o principio da autonomia é um principio ético do feminismo, anterior, inclusive, a entrada da crítica feminista à bioética. Ademais, algumas teorias críticas vêm a autonomia e a conquista pela liberdade como parceiro na busca da igualdade social ou mesmo na proteção de grupos ou pessoas socialmente vulneráveis[13] .

O que preocupa são as situações em que referenciada autonomia é mascarada pela imposição da vontade, como, por exemplo, no uso das novas técnicas de reprodução humana assistida, onde, por vezes, o consentimento da mulher, que submete-se à tais tecnologias, não significa o exercício livre da vontade, da autonomia, enfim, de seus direitos reprodutivos[14] .

Vale ressaltar que entre as feministas existem alguns posicionamentos diferentes quanto às técnicas de reprodução assistida. Dois deles são: Primeiro àquelas contrárias à estas técnicas por acreditarem que, através delas, supõe um aumento do controle masculino sobre a maternidade, território até então feminino. Haveria então uma desestabilização da maternidade, tornando-a plural. Em contrapartida há aquelas que acreditam que as mulheres deveriam reivindicar o controle dessas técnicas, pois através delas a mulher conquistaria a liberdade e a autonomia. Ambas denunciam a comercialização do corpo feminino, como a doação de óvulos.[15]

Inclusive o segundo posicionamento apresentado é a opinião defendida pela Rede Internacional sobre Perspectivas Feministas para a Bioética – FAB, que congrega mulheres de 100 países.[16]

O desejo por filhos faz com que muitas mulheres utilizem as diversas técnicas de reprodução assistida. Essa vontade pode significar, na verdade, uma imposição social, de uma vulnerabilidade moral das mulheres. Pois há diferença entre o desejo de gravidez das mulheres e o desejo de ter filhos do casal.

É por isso que, conforme Diniz e Guilhem[17] a bioética crítica feminista, mais do que lutar pela condição e direitos femininos, luta pela compensação de interesses de grupos e pessoas socialmente vulneráveis, como, por exemplo, os negros, idosos, crianças etc.

Tal compensação tem que encontrar meios eficientes, sob pena da diferença converter-se, sempre, em desigualdade. Reforçando, sempre, a mitigação da autonomia e da liberdade quando o cenário reflete grande desigualdade social.

2.1 A Vulnerabilidade dos Diferentes: breve comentário.

> "O homem que quiser inovar para o bem, inexoravelmente, passará por cinco estágios: indiferença, ridicularização, ofensa, repressão e, finalmente, respeito."
>
> (Mahatma Gandhi)

De origem latina, a palavra vulnerabilidade deriva de vulnus (eris), que significa ferida. Ou seja, é a tendência a ser ferido[18].

Sob um ponto de vista universal, a vulnerabilidade é adjetivo e não característica (como anteriormente proposto no contexto bioético). Ela é própria não apenas do ser humano (Lévinas) como também de todo ser vivente (Hans Jonas)[19] .

Para Dirce Guilhem [20], questões relacionadas à vulnerabilidade contribuíram para o surgimento e consolidação da bioética, inclusive como disciplina. Ou seja, a divulgação de situações desrespeitosas para com pessoas e grupos em condições desfavoráveis, de opressão moral e física (por exemplo: pobres, crianças, sujeitos de pesquisa, idosos etc), despertou na sociedade uma preocupação que proporcionou o surgimento e concretização da bioética.

Este percepção responsável e solidária do homem pelo homem enquanto espécie, e não enquanto gênero; assim como a compreensão de que a vida está conectada em rede, na qual a destruição de um organismo, consequentemente afetará inúmeros outros, comprometendo a vida no planeta[21] , inclusive da espécie humana[22] , é o melhor entendimento no que tange à vulnerabilidade.

Acontece que o presente entendimento da vulnerabilidade não significa dizer que não existam grupos em situação de vulnerabilidade reforçada. Grupos estes que por questões históricas, culturais, sociais, econômicas e políticas, encontram-se em condição de desigualdade, devido justamente às suas diferenças. As mulheres compõem um desses grupos.

É interessante constatar que a diferença entre grupos acirram as circunstancias das desigualdades, das vulnerabilidades. Todavia, a diversidade existente não deveria ser anulada, mas valorizada[23] , já que estamos diante de uma natureza onde

12 Idem. Em 18/05/2010, às 23h06min.

13 Idem. Às 00h.

14 Idem. Às 00h05min.

15 TAMANINI, Marlene. *Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas:* O paradoxo da vida e da morte. Revista Tecnologia e Sociedade. ISSN 1809-0044. Curitiba: Editora da UTFPR, n.3, p.211-249, 2006.

16 Ibidem

17 DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. *Bioética Feminista:* o Regaste Político do conceito de Vulnerabilidade. Acesso em http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v7/bioeticafeminista.htm, em 19/05/2010, às 17h53min

18 NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e principio. In *Bioética, Vulnerabilidade e Saúde.* São Paulo: Ideias e Letras; São Camilo. p.29/30.

19 Idem.

20 GUILHEM, Dirce. *A conquista da Vulnerabilidade.* Acesso em http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa05(varios)roundpatrao.pdf, em 19/05/2010, às 23h13min.

21 KILCA, Marcelo; BERNARDES, Marcio de Souza. A BIODIVERSIDADE EM CENA: diagnósticos da dificuldade de conferir valor econômico para as relações ecossistêmicas. In: *Eco direito.* O direito ambiental numa perspectiva sistêmico-complexa. EDUNISC. p. 197-255. Passim.

22 CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas.* Ciência para uma vida sustentável. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002. Cap. Seis, PASSIM.

23 GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. *Bioética, Poder e Injustiça:* Por uma Ética de Intervenção. In: Bioética: Poder e Injustiça. Org.: Volnei Garrafa e Léo Pessini. São Paulo: São Camilo, Loyola. Cap. Dois. p.41.

a diversidade de espécies e ecossistemas garante a vida e a própria evolução daquelas.

Diniz e Guilhem[24] afirmam que esta vulnerabilidade de grupos, tradicionalmente marginalizados, é intensificada, na bioética, devido ao fato desta ser composta por pressupostos "absolutos, ocidentais (euro-americanos), racistas (branco), classistas (capitalismo) e sexistas (masculino)". Ou seja, é uma bioética elitista, uma bioética para privilegiados. Estes, sim, conseguem utilizar os princípios bioéticos para defender seus interesses.

É então que se instaura a necessidade de procedimentos compensatórios desta vulnerabilidade, visando a coexistência da diferença, neste mundo de pluralismos morais.

O pluralista[25] defenderia, inclusive, que não existe uma só resposta para indicar uma única e correta moral. Contudo, não significa dizer que não haja respostas erradas sobre tal moral. Caso contrário se estaria defendendo o "tudo vale". Portanto há a necessidade de limites.

A dificuldade está em determinar quais seriam os procedimentos compensatórios e como garantir a sua eficácia.

Se o consenso, mesmo que mínimo, pode parecer utópico, devido principalmente às relações de poder existentes na tomada de decisão; se os princípios da autonomia e a busca da liberdade tornam-se insuficientes diante da vulnerabilidade de certos grupos socialmente oprimidos; restam, então, os limites.

Assim, a teoria critica feminista defende que o limite seria a existência da desigualdade. Ou seja, diante de manifestações de opressão social, configurando, portanto, a desigualdade frente à diferença, a intervenção seria justificável.[26]

Garrafa e Porto[27] propõem uma visão mundial para tratar desta desigualdade a partir do conceito de equidade, que seria "tratar desigualmente aos desiguais".

Para Garrafa e Porto, a tolerância é insuficiente, pois não consegue anular a desigualdade, posto que numa situação assimétrica o diálogo será sempre conduzido ao servilismo. Portanto, propõem uma bioética de intervenção a fim de defender os interesses de populações eliminadas do processo mundial de desenvolvimento (países periféricos). O que também pode ser aplicado aos grupos marginalizados por raça, gênero, classe, etnia etc.

3. Técnicas de Reprodução Assistida e a Doação Compartilhada de Óvulos.

> *"O que será que será (...) está na natureza, será que será, o que não tem certeza nem nunca terá, o que não tem conserto nem nunca terá, o que não tem tamanho (...)"*
>
> *Chico Buarque.*

O apelo às técnicas de reprodução assistida aumenta diante do contexto de mudanças socioculturais das ultimas décadas que alterou diversos aspectos da população feminina, inclusive o reprodutivo.

Desta forma, a relação sexual, que passou a ser liberada, dissociando sexo de procriação, oportunizando um maior número de parceiros para as mulheres, passa a ser um dos aspectos alterados na vida sexual ativa feminina[28] . Ocorre que a multiplicidade de parceiros sexuais ocasiona também o aumento de infecções ligadas aos órgãos reprodutivos, lesionando-os.

Outro fator é o crescimento do numero de mulheres no mercado de trabalho e, na mesma proporção, o desejo de adiar a maternidade para após o alcance da sonhada estabilidade financeira e realização profissional. Diante disto, geralmente a maternidade resta adiada para depois dos 30 anos, quando o aparelho reprodutivo está em processo de envelhecimento[29] .

É então que as novas tecnologias permitem esse procedimento de adiamento e potencializam o desejo dos casais em ter filhos cada vez mais tarde.

Primeiramente, a artificialização surge então, de forma benéfica às mulheres, servindo de instrumento de dissociação entre o sexo e a procriação. Antes através de métodos contraceptivos, favorecendo as escolhas profissionais e afetivas de cada mulher e; posteriormente, por meio das técnicas conceptivas, agora, ao contrário, dando à mulher a chance de constituir uma família com filhos.

É então, que os cientistas aperfeiçoam, a cada dia, as técnicas de reprodução humana assistida (RA). Estas podem ser estudadas desde o final do século XVII: com Lázaro Spallanzani, com a fecundação de uma cadela em cio, sendo esta técnica aplicada em humanos apenas em 1799, quando John Hunter inseminou artificialmente uma mulher (inseminação realizada no próprio corpo da mulher), utilizando o sêmen do marido. Em 1978, nasce, na Inglaterra, Louise Brown, o primeiro bebê de proveta do mundo. E em 1984, quando, no Brasil, nasceu o

24 DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. *Bioética Feminista:* o Regaste Político do conceito de Vulnerabilidade. Acesso em http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v7/bioeticafeminista.htm, em 24/05/2010, às 10h42min.

25 WOLF, S. *Two levels of pluralism.* Ethics 1992;102:790. APUD DINIZ, Debora; GUILHEM Dirce. *Feminismo, Biopetica e Vulnerabilidade.* Acesso em http://www.ieg.ufsc.br/admin/downloads/artigos/13112009-025757diniz.pdf, em 24/05/2010, às 14h01min.

26 DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. *Bioética Feminista:* o Regaste Político do conceito de Vulnerabilidade. Acesso em http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v7/bioeticafeminista.htm, em 24/05/2010, às 14h10min.

27 GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. *Bioética, Poder e Injustiça:* Por uma Ética de Intervenção. In: Bioética: Poder e Injustiça. Org.: Volnei Garrafa e Léo Pessini. São Paulo: São Camilo, Loyola. Cap. Dois, p.35.

28 BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; HOSSNE, William Saad; FONSECA, Larissa Lupião. *Doação Compartilhada de óvulos:* opinião de pacientes em tratamento para infertilidade. Revista de Bioetica da Universidade São Camilo – 2009;3 (2): 235-240. pag.235.. Acesso em http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/71/235-240.pdf, em 26/05/2010, às 12h21min.

29 SAMRSLA, Mônica et al . *Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF* - estudo bioético. Rev. Assoc. Med. Bras., São Paulo, v. 53, n. 1, fev. 2007 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302007000100019&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 24 maio 2010. doi: 10.1590/S0104-42302007000100019., às 14h53min.

primeiro bebê de proveta (inseminado fora do corpo).[30] A partir de então, é quase impossível controlar o desenvolvimento de tais tecnologias, que se desenvolvem de forma quase que inacompanháveis.

As técnicas de reprodução assistidas dividem-se em: técnicas de baixa complexidade; como exemplo pode-se citar a inseminação artificial (inseminação intra-uterina – IIU), e de alta complexidade - onde a manipulação acontece com os dois gametas (feminino e masculino) em laboratório; como a fertilização *in vitro* (FIV) – conhecida por "bebê de proveta", e a injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI).[31]

Com o tempo as técnicas evoluem, surgem novas e muitas caem em desuso. Nem todas que aparecem são absorvidas. Os médicos citam, mais corriqueiramente, o coito programado (com ou sem estimulação ovariana), inseminação artificial, FIV e ICSI.

Atualmente a ICSI é a opção prioritária. Ela foi criada em 1991, por acidente, quando um espermatozóide foi injetado no citoplasma de um óvulo, fertilizando-o. A vantagem desta técnica em relação às demais (FIV e inseminação artificial) é o fato de ser necessário um número mínimo de espermatozóides para haver a possibilidade de fecundação. Com isso, homens inférteis podem ser incluídos na reprodução assistida sem a precisar de doação de sêmen. [32]

Vale ressaltar, ainda, que a FIV padrão concerne em colocar os gametas masculino e feminino em um meio de cultura, deixando que o óvulo seja penetrado pelo espermatozóide, naturalmente[33] . Já a ICSI – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide; que também é uma técnica de fertilização laboratorial, utiliza-se de micromanipulação, selecionando e injetando, um único espermatozóide no óvulo (ou em cada um dos óvulos). Ou seja, esta técnica é um desdobramento da FIV, já que, também, se trata de unir células masculinas e femininas fora do corpo da mulher.

3.1 Doação de Óvulos

Esta técnica foi utilizada pela primeira vez em 1983, por uma equipe australiana e, a partir de então foi disseminada nas clínicas especializadas em todo o mundo.

Também conhecida como "adoção de óvulos", a doação de óvulos é uma prática da medicina reprodutiva que permite aos casais que não podem ter filhos (por diversos motivos), a possibilidade de procriar, através da utilização de material genético de uma terceira pessoa.

Com o aparelho reprodutor lesionado – seja pela idade, seja por infecções, as chances de uma gravidez diminui. Para tanto será necessária a doação de óvulos, e a indicação médica é pelos procedimentos da fertilização in vitro (FIV) e a injeção intracitoplasmática (ICSI).

A injeção intracitoplasmática (ICSI) é a técnica mais recomendada, como constatado: *"Devido as excelentes taxas de fertilização e bom desenvolvimento embrionário, a técnica de ICSI tem sido indicada em praticamente todos os casos de infertilidade, mesmo sem a presença do fator masculino de infertilidade"*. [34]

O procedimento é complexo: A paciente doadora é submetida a estímulo ovariano controlado por meio de ultrassom; posteriormente, é feita a punção ou coleta dos folículos que contém óvulos. Feito isso a fertilização será realizada em laboratório, com o material genético masculino (geralmente do parceiro da paciente receptora, mas nada obsta que seja de um doador). Formado e selecionado o embrião, a receptora terá seu endométrio preparado para recebê-lo. [35] [36]

Devido à dificuldade do congelamento/descongelamento de óvulos; já que estes não resistem bem a este processo e, portanto, diminuem, muito, as chances da gravidez, os óvulos utilizados devem ser frescos.[37] Atualmente, já se fala em banco de óvulos. Procedimentos iniciados em 2001 por cientistas japoneses, italianos e canadenses, permitiram, através da vitrificação (congelamento muito rápido), a preservação da estrutura do óvulo. No Brasil, esta técnica começa a ser utilizada[38] , porém, ainda, sem difusão, prevalecendo o método à fresco.

Os critérios adotados para ser uma receptora são a menopausa precoce, e as alterações da forma e estrutura dos ovários. Excluídas, desta forma, as mulheres acima de 43 anos de idade e aquelas que por quaisquer motivos inexplicáveis não tenham tido resultado satisfatório com a utilização da FIV.[39] Portanto, ultrapassa o plano da infertilidade/esterilidade genérica – a impossibilidade feminina de ter filho... - para uma seara estrita: A impossibilidade feminina de ter filhos com seu óvulo.

30 Idem.

31 LUNA, Naara. Provetas e Clones: *Uma Antropologia das Novas Tecnologias Reprodutivas.* Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007. p. 88.

32 Idem. p. 92

33 KÖRBES, Clecí. *Educação não-formal e informal em ciência e tecnologia:* divulgação científica e formação de opinião sobre reprodução assistida e seus desdobramentos na Folha de São Paulo. Curitiba, 2008. 176 f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Educação, Universidade Federal do Paraná.

34 *CLÍNICA E CENTRO DE PESQUISA EM REPRODUÇÃO HUMANA ROGER ABDELMASSIH*. Banco de óvulos. Acesso em http://www.abdelmassih.com.br/_a_clinica.php, em 27/05/2010, às 16h48min.

35 Idem.

36 BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; HOSSNE, William Saad; FONSECA, Larissa Lupião. *Doação Compartilhada de óvulos:* opinião de pacientes em tratamento para infertilidade. Revista de Bioetica da Universidade São Camilo – 2009;3 (2): 235-240. pág.236. Acesso em http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/71/235-240.pdf, em 26/05/2010, às 16h09min.

37 *BIOS – CENTRO DE MEDICINA REPRODUTIVA.* Programa de doação de Gametas de óvulos – Doação de Gametas. Acesso em http://www.bios.med.br/trat_06.php, em 26/05/2010, às 21h15min.

38 *CLÍNICA E CENTRO DE PESQUISA EM REPRODUÇÃO HUMANA ROGER ABDELMASSIH.* Banco de óvulos. Acesso em http://www.abdelmassih.com.br/_a_clinica.php, em 27/05/2010, às 16h41min.

39 CORREA, Marilena V.. *Novas tecnologias reprodutivas:* doação de óvulos. O que pode ser novo nesse campo?. Cad. Saúde Pública [online]. 2000, vol.16, n.3, pp. 863-870. ISSN 0102-311X. doi: 10.1590/S0102-311X2000000300036.

Definir infertilidade é o próximo passo.

Esterilidade, no Dicionário de língua Portuguesa Larousse, significa: "(...) *infecundidade, infertilidade. Impossibilidade total ou parcial de produzir gametas funcionais ou zigotos viáveis".* O mesmo dicionário traz o termo infértil como o que *"Não é fértil; estéril. Que produz pouco ou nada"*.[40]

Para a Resolução 1358/92, do CFM – Conselho Federal de Medicina, a infertilidade humana é tratada como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas. Tal resolução foi editada com o intuito de evitar abusos na utilização de tais técnicas de reprodução assistida. Esta resolução afirma que casais com problemas de infertilidade só poderão submeter-se às técnicas de RA após frustradas outras técnicas terapêuticas[41].

Desta forma, neste trabalho a infertilidade será referida como a impossibilidade de concepção natural.

Fatores comportamentais também podem afetar a fertilidade, como abuso de álcool e drogas, tabagismo, alguns medicamentos usados para tratamento de gastrite, úlceras, infecções urinárias, a obesidade e o sobre peso, a prática exagerada de exercícios, o uso de anabolizantes, o estresse, a decisão de adiar o projeto maternal e as doenças sexualmente transmissíveis.

Estamos, portanto, diante de um problema de saúde, decorrente dos efeitos da modernidade e, ao que parece, se agrava à cada dia, afetando todas as classes sociais.

Para ser uma doadora deve *"ser jovem (idade abaixo de 35 anos), que goze de boa saúde e tenha cumprido todos os processos de seleção"*[42] . Estes são, basicamente, uma avaliação emocional e física, analisando grupo sanguíneo, fator RH, cor do cabelo, olho e pele, bem como a estatura.

Estes óvulos podem ser os excedentes de alguma paciente que já tenha submetido à FIV; de doadoras levadas pela receptora; de doadoras altruísticas ou mesmo das chamadas doadoras profissionais, que são remuneradas em contrapartidas dos seus óvulos. Esta última alternativa não é permitida no Brasil, conforme Resolução do CFM (nº 1358/92 – IV – 1), como também deve ser mantido o anonimato (CFM – 1358/92 – IV – 3). Já nos EUA esta técnica é permitida, existindo inclusive catálogos das doadoras, e suas características, à disposição das receptoras.[43]

Conforme Luna, a escolha de tais características permeia tanto às físicas quanto às genéticas. Ate mesmo o tipo sanguíneo e a sorologia são escolhidas em adequação ao casal receptor. Isso é visto como "uma manipulação social das origens genéticas".[44] Pois através dessas ações de escolha das características, faz-se uma alusão à eugenia, selecionando apenas àquelas consideradas aceitas pela sociedade.

O tratamento através da fertilização laboratorial (FIV e ICSI) possui um custo de 4.500,00 a 12.000,00 mil reais em média, variando de acordo com a clínica.[45] O que marginaliza a maior parte da sociedade caracterizando esta prática como privatista/ elitista e, portanto, dificultando a divulgação das mesmas e um possível controle social.

No Brasil, como já dito anteriormente, esses óvulos não poderão ser comercializados, devendo sua utilização possuir caráter altruístico. Porém, é difícil justificar o motivo pelo qual uma mulher se dispõe a arcar com os custos financeiros e; passar por pesadas manipulações de seu corpo, sem estarem envolvidas com um projeto maternal, unicamente por finalidade altruística.

No Brasil, existem algumas possibilidades de aplicação desta técnica praticadas por equipes especializadas. Estas vão desde o consentimento de mulheres (que já estão submetendo às técnicas de fertilização laboratorial, para que seus óvulos excedentes sejam doados) passando por captação de óvulos de mulheres que se submetem a pequenas cirurgias pélvicas (sugerido pelos médicos que sejam oferecidas às mulheres de baixa renda em troca da captação de óvulos – que também passariam pela estimulação hormonal); até a doação compartilhada, objeto do presente estudo.[46]

Vale ressaltar que, as duas primeiras práticas indicam, respectivamente: a vulnerabilidade da mulher que, diante da equipe médica não poderá constatar quantos óvulos foram retirados, tornando, portanto, seu consentimento mitigado, bem como, a vulnerabilidade econômica e social da mulher que, como moeda de troca, para ver satisfeita a sua necessidade cirúrgica (como a cirurgia de retirada das trompas), permite que seus óvulos sejam retirados.

Fica claro que o procedimento se mostra como uma máscara de estratégias de ação, frente à proibição do comercio de óvulos, no qual o apelo à filantropia inibe qualquer tipo de discussão concernente a esta mercantilização de partes do corpo.[47]

---

40 *LAROUSSE ilustrado da língua portuguesa.* Coordenação editorial Diego Rodrigues, Fernando Nuno, Naiara Raggiotti (Estúdio Sabiá). São Paulo: Larousse do Brasil, 2004.

41 RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1992, acesso em http://www.bioetica.org.br/legislacao/res_par/integra/1358_92.php, em 08/12/09, às 09h08min.

42 CEMERJ – CENTRO DE MEDICINA DA REPRODUÇÃO. *Fertlização in vitro – Doação de óvulos.* Acesso em http://www.cemerj.com.br/fertilizacao.html, em 26/05/2010, às 21h34min.

43 BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; HOSSNE, William Saad; FONSECA, Larissa Lupião. *Doação Compartilhada de óvulos:* opinião de pacientes em tratamento para infertilidade. Revista de Bioetica da Universidade São Camilo – 2009;3 (2): 235-240. pág.237. Acesso em http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/71/235-240.pdf, em 26/05/2010, às 16h22min.

44 LUNA, Naara. *Natureza humana criada em laboratório:* biologização e genetização do parentesco nas novas tecnologias reprodutivas. Hist. cienc. saude-Manguinhos, Ago 2005, vol.12, no.2, p.395-417. ISSN 0104-5970 .p. 408.

45 KÖRBES, Clecí. *Educação não-formal e informal em ciência e tecnologia:* divulgação científica e formação de opinião sobre reprodução assistida e seus desdobramentos na Folha de São Paulo. Curitiba, 2008. 176 f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Educação, Universidade Federal do Paraná.

46 CORREA, Marilena V.. *Novas tecnologias reprodutivas:* doação de óvulos. O que pode ser novo nesse campo?. Cad. Saúde Pública [online]. 2000, vol.16, n.3, pp. 863-870. ISSN 0102-311X. doi: 10.1590/S0102-311X2000000300036.

47 RAMIREZ-GALVEZ, Martha. *Corpos Fragmentados e Domesticados na Reprodução Assistida.* Cad. Pagu [online]. 2009, n. 33. ISSN 0104-8333. dói: 10.1590/S0104 83332009000200004.

3.1.1 Doação Compartilhada de óvulos: questões sociais de classe e de gênero.

Quando se tratar de doação compartilhada de óvulos, o procedimento envolverá uma doadora, que embora fértil não consiga engravidar (precisando, portanto de FIV), na condição de ter seu tratamento; e medicações utilizadas, pagos pela receptora para que, ambas alcancem a desejada gravidez.

A doadora receberá o tratamento no hospital público, onde estiver inscrita no programa de reprodução assistida (fila de espera), enquanto que a receptora, submeter-se-á ao procedimento em uma clínica privada. Esse trâmite é possível porque vários médicos da rede pública possuem sua clínica de reprodução humana assistida.

Neste ponto, já é permitido perceber que os maiores beneficiados sem riscos são os médico, que através do discurso de intermediário na realização de sonhos ("desejo de filhos") difunde uma técnica de eficácia comprometida, utilizando os corpos femininos como instrumento da ciência.

A receptora receberá metade dos óvulos da doadora, contanto que esta tenha produzido o mínimo de sete óvulos. Preserva-se o anonimato e evita-se contar à doadora se a receptora engravidou. [48]

Um dos problemas desta técnica é o risco da gestação múltipla, que traz conseqüências danosas para a vida das mães e dos bebes. Isso reflete sua baixa eficiência desta técnica, sendo necessária a transferência, de mais de quatro embriões, para aumentar as chances de, pelo menos, um vingar.

Muitas vezes a prática é ainda mais cruel, pois uma vez inseridos os embriões e, na ocasião da gestação de múltiplos fetos, os médicos fazem uma redução desses embriões, ou seja, retiram os que excedem o número permitido. É necessário enfatizar que o CFM – Conselho Federal de Medicina permite a implantação de quatro embriões, porém, em literatura especializada internacional a Organização Mundial de Saúde (WHO) sugeriu que à cada ciclo fosse transferido apenas 01 (um) embrião para o útero materno.[49]

Outro ponto questionável desta medida é a assimetria entre quem paga o tratamento e quem doa os oócitos, sugerindo uma relação de exploração, que reforça o sistema de classe.

Isto porque as doadoras são mulheres pobres, com problemas típicos de terceiro e quarto mundo, que poderiam ter sido prevenidos, como abortos sucessivos e infecções não tratadas, que levam à infertilidade; ou mesmo àquelas que foram esterilizadas "opcionalmente". Estas mulheres produzem óvulos, e podem doá-los. [50]

Do outro lado encontra-se uma realidade contrária: mulheres que adiaram seu plano maternal/afetivo, em nome de uma estabilidade financeira e que, por estarem em idade avançada, possuem baixa fertilidade. São, portanto, mulheres ricas e, em sua maioria, mais velhas.

Parece evidente, através desta técnica, a manutenção das desigualdades sociais e da vulnerabilidade das doadoras, que têm sua liberdade e autonomia, para escolherem quanto à participação deste procedimento, mitigadas, devido à sua condição sócio-econômica.

Na verdade, essas mulheres não possuem opção diante do quadro que se lhes apresenta. Assim, se querem engravidar: ou aceitam aquelas condições (e saem da inércia das filhas de espera no serviço público), ou continuam nesta luta inglória.

É um reforço ao modelo paternalista, baseado na noção de público passivo, no qual se recebe as informações de cima para baixo. E, neste caso, não apenas adstritos às doadoras, mas também às receptoras, dispostas a "pagar qualquer preço" em nome do desejo de ter filho.

E esta é outra questão que se levanta: As técnicas de reprodução assistida libertam ou aprisionam, ainda mais, as mulheres no estigma da maternidade?

Para Teixeira et al, as NTRs (novas técnicas de reprodução assistida) parecem reafirmar a incompletude da mulher sem filhos, fortalecendo a identidade de mulher-mãe. [51]

O consenso sociocultural de que a mulher possui, entre outras, a função de procriar reafirma o desejo de gerar uma criança. Isso faz com que aumente mais e mais a busca pela medicina reprodutiva, de forma incontestável. Ou seja, o limite da atuação das técnicas de reprodução assistida é a falta de desejo de filhos.

O corpo da mulher é o instrumento para o reforço sociocultural da família com filhos consangüíneos. Veja que a técnica ICSI, favorece, diretamente, ao homem infértil[52] - já que a mesma seleciona um único espermatozóide e injeta-o no óvulo permitindo que homens que produzem poucos, ou nenhum, espermatozóides possam procriar com seu patrimônio genético. Mas ele não pode procriar sozinho, depende do corpo da mulher, que lhe servirá de instrumento para tal.

Para Corrêa[53] , esta "*perspectiva representa uma repetição*

48 LUNA, Naara. *Natureza humana criada em laboratório:* biologização e genetização do parentesco nas novas tecnologias reprodutivas. Hist. cienc. saude-Manguinhos, Ago 2005, vol.12, no.2, p.395-417. ISSN 0104-5970. p.407.

49 CORRÊA. Marilena C. D. V. Bioética e Reprodução Assistida. Infertilidade, Produção e uso de Embriões Humanos. In: *Bioética, Reprodução e Gênero na Sociedade Contemporânea.* Org. Maria Andréa Loyola. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: Letras Livres, 2005. Pag. 71.

50 CORREA, Marilena V.. Novas tecnologias reprodutivas: doação de óvulos. O que pode ser novo nesse campo?. Cad. Saúde Pública [online]. 2000, vol.16, n.3, pp. 863-870. ISSN 0102-311X. doi: 10.1590/S0102-311X2000000300036.

51 TEIXEIRA, L. C.; PARENTE, F. S.; BORIS, G. D. B. *Novas Configurações Familiares e suas Implicações Subjetivas*: reprodução assistida e família monoparental feminina. Psico., Porto Alegre, PUCRS, V. 40, n.1, p. 24-31, jan./mar. 2009, p.29.

52 A genética desse homem infértil será perpetuada nas gerações futuras, caso ele procrie com o auxílio da NTRs, o que, de forma natural não aconteceria, devido à seleção das espécies.

53 CORRÊA, Marilena. Medicina Reprodutiva e Desejo de Filhos. In: *Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas:* questões e desafios. Orgs.: Miriam Grossi, Rozeli Porto e Marlene Tamanini. Brasília: Letras Livres, 2003. (coleção Bioética, 3), p.34.

de normas sociais e padrões de dominação vigentes (rico/pobre, homem/mulher)". A mesma autora ainda levanta a questão do modelo reprodutivo liberal norte-americano, que entende liberdade como a não interferência do Estado. Acontece que isso seria mitigar o direito à liberdade daqueles que por razões de ordem social e econômica não pudessem exercer tais "direitos". O Brasil, onde a reprodução assistida é quase totalmente privatizada, seria exemplo desta exclusão.

É imprescindível a atuação do Estado, nos serviços de saúde e, portanto nestes reprodutivos, garantindo a liberdade; inclusive dos marginalizados social e economicamente, visando prevenir a sociedade da comercialização de corpos fragmentados.

Pessini et al[54] , partindo da intuição de Potter de uma visão global da bioética, traz uma discussão atual de ecologia, subdividida em vertentes, onde aquela nomeada por ecologia social satisfaz e fundamenta o pensamento deste estudo. Ecologia social é a preocupação com todo o ambiente, inserido neste o ser humano e a sociedade, priorizando, entre outras coisas, um serviço de saúde decente.

Apropriando-me de Garrafa e Prado, é impressionante como os problemas sociais são reduzidos à dimensões biológicas e passam a criar categorias de indivíduos.[55]

Oferecer serviço de saúde eficiente às mulheres de baixa renda; regularizar o aborto, evitando as infecções causadas pelo aborto "clandestino"; e normatizar as tecnologias reprodutivas, tanto no que tange ao acesso, quanto ao uso profissional, limitando a conduta dessas práticas em consultórios particulares; a incorporação dessas pesquisas ao debate acadêmico; a informação e conscientização da população sobre essas técnicas e, ainda; um meio, eficiente (uma comissão especializada) de fiscalizar essas práticas em clinicas e hospitais;[56] são algumas, das possíveis, soluções para o crescente problema da comercialização dessas técnicas.

Para Monica Aguiar, deve haver uma discussão ampla sobre as questões éticas que envolvem as técnicas de reprodução assistida, no intuito de editar uma lei que regule o tema, tirando o Brasil da rota do turismo reprodutivo.

54 PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Ecologia e Bioética global. *In: Problemas atuais de bioética*. São Paulo:Loyola, 6ª e., 1999. p.342

55 GARRAFA, Volnei; PRADO, Mauro M. do. Mudanças na Declaração de Helsinki: Fundamentalismo Economico, Imperialismo Ético e Controle Social. In: *Direitos humanos e bioética*. Maceio: EDUFAl. Org. George Sarmento. p. 77, 2002, p.80.

56 AGUIAR, Monica. A Proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do Princípio da Dignidade Humana: A Desigualdade em Razão da orientação Sexual. In: *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Org.: Rosmar Alencar. 2008: Porto Alegre. Nuria Fabris, p.104.

4. Discurso Jurídico e Suas Regulamentações

> "LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça".
>
> (Eduardo Couture).

A Constituição da Republica, no §7º do art. 226, prevê que compete ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício, pelo casal, do planejamento familiar. Desta forma, sua interpretação permite incluir as técnicas de reprodução assistida como "recursos científicos", que o Estado deve propiciar.

A Lei 9.263/93, de forma explícita, em seu art. 3º, garante a assistência à concepção artificial na rede do SUS (Sistema Único de Saúde) e, em seu art. 9º declara que as técnicas de reprodução assistida devem ser ofertadas, contanto que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas.

O Ministério da Saúde, através da portaria n.426/GM, instituiu no âmbito do SUS, entre outras coisas, uma Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, que previa, por exemplo, a implantação de, pelo menos, um Centro de Reprodução Assistida em cada capital do país. Esse fato gerou afirmações de que seria mais indicado trocar a palavra concepção por controle de natalidade,[57] significando que tais práticas, oferecidas no SUS, corroborariam para o crescimento da população pobre no país.

Mais uma vez, ratifica-se que às mulheres heterossexuais, casadas, brancas e ricas é dado o estímulo da procriação. Desta forma, o desenvolvimento tecnológico e a modernização destinam-se à quem tem o poder do consumo.

A promulgação de uma lei específica que venha disciplinar a reprodução humana assistida é de substancial importância no atual cenário de dilemas éticos e jurídicos surgidos pela utilização dessas técnicas, que evoluem cada dia mais.

A intervenção jurídica decorre da necessidade de segurança diante da procura, sempre maior, dessas técnicas por motivos diversos (doença - câncer, infertilidade, projeto parental homossexual etc). Os debates são intensos. O difícil é conseguir chegar à uma opinião/decisão majoritária, já que a própria sociedade não demonstra consenso quanto ao tema.

O fato é que, no Brasil, o único ato que se encontra em vigor sobre o assunto é a Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina (CFM). É um ato normativo, de natureza administrativa e, portanto, resta insuficiente, no sentido de delimitar atividades sem legislações atuantes.

Esta Resolução restringe o tratamento às pessoas cujas outras técnicas terapêuticas não tenham sido eficazes contra a infertilidade (princípios gerais – 1). [58]

57 KÖRBES, Clecí. *Educação não-formal e informal em ciência e tecnologia:* divulgação científica e formação de opinião sobre reprodução assistida e seus desdobramentos na Folha de São Paulo. Curitiba, 2008. 176 f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Educação, Universidade Federal do Paraná.

58 *RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358/92*. Acesso em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm, em 28/05/2010, às 22h00min.

No Brasil vários foram os Projetos de Lei apresentados ao Senado Federal sobre Reprodução Assistida. Após análise de tais Projetos, observa-se que os mesmos parece fundamentarem-se na Resolução de nº 1.358/92, do CFM – Conselho Federal de Medicina.

O primeiro Projeto de Lei proposto, nº 2.855/97, é de autoria do Deputado Confúcio Mourão e encontra-se apensado, juntamente com outros (4.665/01, 120/2003, 1.135/2003, 2.061/2003, 4.889/2005, 5.624/2005 e 3.067/2008), ao projeto de nº 1.184/2003, já aprovado pelo Senado Federal, tramitando atualmente na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJC, com ultima ação em 05 de março de 2009 e estando: pronta para pauta.[59]

Tais projetos tratam, basicamente, de normas para realização de inseminação artificial e fertilização *in vitro*, proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical. [60]

O projeto de lei 1.184/2003, de autoria do Deputado Roberto Requião substituiu o de nº 90/99. A tramitação daquele segue sendo objeto de revisões e alterações, sem a participação dos representantes de grupos sociais – como homossexuais, religiosos, feministas etc, muito menos de seus destinatários diretos, ou seja, pessoas vulneravelmente infecundas.[61]

A priori, pode-se levantar a questão dos referidos projetos não tratarem sobre a reprodução assistida em clínicas particulares. Estas são as maiores detentoras destas técnicas no país e, por conseguinte, as responsáveis pelos riscos causados em nome do consumo desenfreado destas tecnologias.

Os referidos projetos retratam uma preocupação maior com os embriões e suas minudências. Com a análise dessas questões voltadas, prioritariamente, às vidas possíveis, as usuárias restam em segundo plano.[62]

As discussões sobre reprodução assistida são multidisciplinares. Vão desde os debates sobre moral e ética na utilização/aplicação das técnicas e suas conseqüências, até a legitimidade de um projeto parental, e com isso a quem caberia submeter-se às técnicas.

Na verdade, a questão que concerne à regulamentação não se limita apenas na ausência de interferência da liberdade, como direito ao livre desenvolvimento da personalidade (ex. direitos reprodutivos), mas, inclusive, uma regulamentação que proteja tal desenvolvimento. [63]

Por isso, é imprescindível políticas públicas de saúde, bem como a fiscalização e documentação destas práticas tecnológicas.

Urge a necessidade de uma lei que, de forma interdisciplinar, equilibre o desenvolvimento científico e os anseios sociais, respeitando preceitos constitucionais como o direito à intimidade (art. 5º, X), o direito à saúde (art. 196), o direito a formar uma família (art. 226, §7º) e o direito ao livre exercício do planejamento familiar (Lei nº 9.263/96).

4.1 Direitos Sexuais e Reprodutivos: um direito fundamental para mulheres

> *Agora eu era o rei, era o bedel e era também juiz, e pela minha lei a gente era obrigado a ser feliz.*
>
> *Chico Buarque de Holanda*

A Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU) adotou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), destinada à todos os seres humanos, em sua generalidade. Desde então os direitos humanos evoluem com a finalidade de preservação da dignidade humana. Para tanto é necessário levar em consideração as especificidades de casa indivíduo e grupos. É desta forma que a figura humana torna-se cada vez mais concreta favorecendo o atendimento das diferenças entre as pessoas. [64]

Os direitos reprodutivos são como um direito humano universal, que engloba, por ser mais amplo, a saúde da mulher, desconstruindo a maternidade como um dever, dando à mulher a autodeterminação reprodutiva.

Para Corrêa, os direitos reprodutivos são muito mais que um direito positivo à procriação, visando, também a titularidade da reivindicação de uma distribuição de recursos técnicos disponíveis, como serviços de saúde. [65]

Os direitos reprodutivos surgiram em 1984, em Amsterdã, na Holanda, porém consagrou-se em 1994, no Cairo, Egito, durante a Conferencia Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), sendo reafirmada em 1995, em Pequim, na China, na IV Conferencia Mundial sobre a Mulher. Conforme o Programa de Ação do Cairo, em seu parágrafo 7.3:

> Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução

59 *ANDAMENTO DO PROJETO DE LEI Nº 1.184/2003.* Acesso em http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=118275 , em 28/05/2010, às 23h34min.

60 Ibidem

61 SCHNEIDER, Raquel Belo e outros. *Reprodução Assistida.* Acesso em http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_01.htm, em 28/05/2010, às 21h30min.

62 CASTRO, Raul Murad Ribeiro de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo; SOUZA, Allan Rocha de. *A Constituição e a Regulamentação da reprodução Assistida.* Acesso em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/01_726.pdf, em 27/05/2010, às 19h46min .

63 Idem, às 19h50min .

64 MATTAR, Laura Davis. *Reconhecimento Jurídico dos Direitos Sexuais – Uma Análise Comparativa com os Direitos reprodutivos.* Rev. Int. Direitos Humanos [online]. Jun.2008, v.5, n.8, pp. ISSN 1806-6445. Dói: 10.1590/S1806-64452008000100004.

65 CORRÊA, Marilena. Medicina Reprodutiva e Desejo de Filhos. In: *Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas:* questões e desafios. Orgs.: Miriam Grossi, Rozeli Porto e Marlene Tamanini. Brasília: Letras Livres, 2003. (coleção Bioética, 3), p.31.

> livre de discriminação, *coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.* [66]

Já os direitos sexuais eram abordados apenas em sua forma negativa. Ou seja, direito que possuía a mulher de não ser objeto de abuso, estupro, enfim violência sexual. Vê-se que os direitos sexuais positivos, quais sejam, o de dispor livremente (sexualmente) do seu corpo não era tratado. [67]

Isto por que, de fato, às mulheres não era (ou não é?) dado o direito de gozar, sexualmente, de seu próprio corpo, tendo em vista serem consideradas frágeis e vulneráveis, ao ponto de possuir, a priori, a função de procriação. Entende-se, assim, que o sexo era ligado à função procriacional.

Não se fazia sexo por prazer, mas tão somente para procriar. Daí o impedimento da relação entre pessoas do mesmo sexo (já que não poderiam procriar).

Os direitos reprodutivos, quando conectados aos direitos à saúde (DUDH – 1948 e Pacto Internacional dos Direitos Sociais e Culturais – 1966), receberam reconhecimento. Esse fato se dá em face da dificuldade existente em se verificar direitos que são exclusivos de mulheres (não são de homens), devido ao fato do direito está atrelado às relações de poder social, cuja tendência é prevalecerem os homens, os brancos e os heterossexuais. [68]

Para combater este fato os movimentos feministas, estrategicamente, passaram a reivindicar direitos já existentes, como o direito à saúde, mas que sem proteção estatal, urgiam por políticas públicas. Acontece que não foi o suficiente, pois ainda não existe positivação para os direitos sexuais. [69]

O reconhecimento destes direitos (sexuais/ saúde) às mulheres, através de um serviço público eficiente, é de suma importância para a concretização da democracia (contanto que protegidas sua liberdade e autonomia), e ter efetivada sua dignidade.[70]

Se interpretado que as novas técnicas de reprodução assistida existem a favor de pessoas que, por diversas razões, não podem e querem ter filhos e, da mesma forma interpretado que, o direito reprodutivo incorpora o direito à saúde, sendo, desta forma, exigíveis; então, conforme Monica Aguiar, *"as pessoas vulneráveis economicamente podem exigir, do sistema público de saúde, a realização de técnica que as permitam ter filhos"*[71]

Diante da reflexão dos direitos reprodutivos (positivos/ negativos), está incluso o "desejo de filhos". Se pensar a reprodução como destino natural do ser vivo, conclui-se que procriar é algo anterior às técnicas de reprodução assistida. Assim, nossas avós, por exemplo, tinham os filhos e queriam os filhos que tinham. Acontece que, em uma sociedade de constante modernização, o "desejo de filhos" está, quase que constantemente, ligado à medicalização (seja porque a mulher adiou a maternidade ou mesmo por problemas de saúde). Diante deste contexto, não há como pensar a reprodução como algo natural, ao contrario, este "desejo" está cada vez mais submetido ao discurso reprodutivo e às possibilidades biotecnológicas oferecidas.[72]

5. Considerações Finais

Ao final deste estudo, verificou-se que, as novas técnicas de reprodução assistida conceptivas (NTRc) reforçam o sistema sexista, no qual a completude da mulher só é reconhecida se, a mesma, realizar a maternidade. Ainda, da mesma forma, ratifica-se o sistema de classe, principalmente, após o estudo da técnica de reprodução conceptiva de doação compartilhada de óvulos, na qual estes são utilizados como moeda de troca, por aquelas mulheres de baixa renda.

A difusão, das técnicas de reprodução assistida conceptivas, no Brasil, atualmente, é, em sua maioria, privatista e, portanto, beneficia àquelas mulheres que possuem alto poder aquisitivo. A estas, é incentivada a procriação.

O problema, não está, simplesmente, na utilização das NTRc. Ele se instaura, no discurso daqueles que, possuem o poder de manipular as NTRc, "garantindo" a fabricação de um filho e, portanto por medicalização, como se fosse um processo natural, sem maiores riscos, com alta probabilidade de eficácia, "ao gosto do cliente", como um produto de comercialização.

Assim, a doação de óvulos, nos moldes em que acontecem, ou seja, de maneira compartilhada, reafirmando os antigos modelos de classe, deveria ser proibida. Da forma como esta técnica é praticada, não tratando o problema da infertilidade das mulheres pobres, só faz acrescer a preocupação sob uma visão macro, com a bioética latinoamericana.

Portanto, na possibilidade de uma legislação específica, em sendo permitido o uso das novas técnicas de reprodução assistida conceptivas, incluindo, nestas, a doação de óvulos, é imprescindível que os critérios sejam, minudentemente, estabelecidos, além de, posteriormente à edição da possível lei, implante-se uma fiscalização, no intuito de certificar-se do cumprimento daquela.

Ainda, independente da edição de lei específica, a difusão, no meio social, de informações relativas ao procedimento e possíveis danos dessas práticas é imprescindível.

Portanto, o debate acadêmico é enriquecedor e a popularização do conhecimento destas técnicas (através de,

66 Ibidem

67 Ibidem

68 MATTAR, Laura Davis. *Reconhecimento Jurídico dos Direitos Sexuais* – Uma Análise Comparativa com os Direitos reprodutivos. Rev. Int. Direitos Humanos [online]. Jun.2008, v.5, n.8, pp. ISSN 1806-6445. Dói: 10.1590/S1806-64452008000100004.

69 Ibidem

70 LIMA LOPES, J.R. de. *O Direito ao Reconhecimento para Gays e Lésbicas*. In: Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 2, p. 65-95, 2005, p. 72.

71 AGUIAR, Monica. A Proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do Princípio da Dignidade Humana: A Desigualdade em Razão da orientação Sexual. In *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.* Org.: Rosmar Alencar. 2008: Porto Alegre. Nuria Fabris, p.101.

72 CORRÊA, Marilena. Medicina Reprodutiva e Desejo de Filhos. In: *Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: questões e desafios.* Orgs.: Miriam Grossi, Rozeli Porto e Marlene Tamanini. Brasília: Letras Livres, 2003. (coleção Bioética, 3), p. 37.

por exemplo, campanhas educativas) também contribuirá ao consentimento esclarecido das pessoas que se submetem à elas.

Outra questão, é a luta das mulheres para alcançar a igualdade, ainda que subsista a diferença. As mulheres continuam sendo objeto de opressão dos tradicionais modelos sociais.

As políticas públicas de ação afirmativa, bem como as regulamentações jurídicas, sugeridas por Garrafa[73] , como uma "bioética de intervenção", limitando práticas que reforcem a vulnerabilidade da mulher como estigma de objeto, somaria à busca pela equidade e, por conseguinte, à prática da autonomia, concretizando a liberdade feminina.

Imprescindível concluir pela urgência de uma legislação especifica, que trate dos limites, do acesso e, mais, do controle dessas práticas de reprodução assistida.

É, na verdade uma questão de saúde, que envolve toda a espécie humana, assim como os demais ecossistemas necessários (direta ou indiretamente) para a sua sobrevivência. Pois compromete a curto e a longo prazo. Sendo que a este, a preocupação alcança ao patrimônio genético da espécie humana.

6. Referências

ANDAMENTO DO PROJETO DE LEI Nº 1.184/2003. Acesso em http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=118275, em 28/05/2010, às 23h34min.

AGUIAR, Monica. A Proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do Princípio da Dignidade Humana: A Desigualdade em Razão da orientação Sexual. In *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Org.: Rosmar Alencar. 2008: Porto Alegre. Nuria Fabris, p. 81/104.

Agencia Senado. *Projeto que Trata da Discriminação de homossexuais causa polemica no Senado.* Acesso em http://www.direitodoestado.com/noticias/noticias_detail.asp?cod=3602, dia 15/04/09, às 21h48min.

ATLAN, Henri. *O Útero Artificial.* Tradução de Irene Ernest Dias. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2006.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; HOSSNE, William Saad; FONSECA, Larissa Lupião. *Doação Compartilhada de óvulos:* opinião de pacientes em tratamento para infertilidade. Revista de Bioetica da Universidade São Camilo – 2009;3 (2): 235-240. pág.237. Acesso em http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/71/235-240.pdf, em 26/05/2010, às 16h22min.

BARBOSA, Rosana. Novas Tecnologias Reprodutivas Contraceptivas: Produzindo Classes distintas de Mulheres?. IN: *Novas Tecnologias Reprodutivas Contraceptivas*: Questoes e Desafios. GROSSI Mirian; PORTO, Rozeli e, TAMANINI, Marlene (Orgs). Brasília: LetrasLivres, 2003. pag.41-49

BIOS – CENTRO DE MEDICINA REPRODUTIVA. *Programa de doação de Gametas de óvulos – Doação de Gametas. Acesso* em http://www.bios.med.br/trat_06.php, em 26/05/2010, às 21h15min.

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas.* Ciência para uma vida sustentável. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002. Cap. Seis.

CASABONA, Carlos Maria, BERIAIN, Iñigo de Miguel. *Alcance y objetivos de La Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos*. In: GOMÉZ SÁNCHEZ, Yolanda;

CASTRO, Raul Murad Ribeiro de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo; SOUZA, Allan Rocha de. *A Constituição e a Regulamentação da reprodução Assistida.* Acesso em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/01_726.pdf, em 27/05/2010, às 19h46min .

CEMERJ – CENTRO DE MEDICINA DA REPRODUÇÃO. *Fertlização in vitro – Doação de óvulos.* Acesso em http://www.cemerj.com.br/fertilizacao.html, em 26/05/2010, às 21h34min.

CENECV – *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida.* Reflexão Ética sobre a Dignidade Humana. Documento de Trabalho, 26/CENECV/99. Acesso em http://www.cnecv.gov.pt/NR/rdonlyres/9D4875F1-511B-4E29-81B2-C6201B60AD52/0/P026_DignidadeHumana.pdf, dia 15/04/09, às 15h32min.

CORREA, Marilena V.. *Novas tecnologias reprodutivas:* doação de óvulos. O que pode ser novo nesse campo?. Cad. Saúde Pública [online]. 2000, vol.16, n.3, pp. 863-870. ISSN 0102-311X. doi: 10.1590/S0102-311X2000000300036.

_____ Bioética e Reprodução Assistida. Infertilidade, Produção e uso de Embriões Humanos. In: *Bioética, Reprodução e Gênero na Sociedade Contemporânea*. Org. Maria Andréa Loyola. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: Letras Livres, 2005.

_____ Medicina Reprodutiva e Desejo de Filhos. In: *Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas*: questões e desafios. Orgs.: Miriam Grossi, Rozeli Porto e Marlene Tamanini. Brasília: Letras Livres, 2003. (coleção Bioética, 3).

CLÍNICA E CENTRO DE PESQUISA EM REPRODUÇÃO HUMANA ROGER ABDELMASSIH. Banco de óvulos. Acesso em http://www.abdelmassih.com.br/_a_clinica.php, em 27/05/2010, às 16h41min.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O direito a diferença.* As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2ª Ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. *Bioética Feminista:* o Regaste Político do conceito de Vulnerabilidade. Acesso em http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v7/bioeticafeminista.htm, em 24/05/2010, às 14h10min.

GARRAFA, Volnei; PRADO, Mauro M. do. Mudanças na Declaração de Helsink: Fundamentalismo econômico, imperialismo ético e controle social. In: *Direitos Humanos e Bioética.* Maceió: EDUFAL, Org. George Sarmento. p.77-90, 2002.

_____ PORTO, Dora. Bioética, Poder e

73 GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. Bioética, Poder e Injustiça: Por uma Ética de Intervenção. In: Bioética: Poder e Injustiça. Org.: Volnei Garrafa e Léo Pessini. São Paulo: São Camilo, Loyola. Cap. Dois, PASSIM.

Injustiça: Por uma Ética de Intervenção. In: *Bioética: Poder e Injustiça.* Org.: Volnei Garrafa e Léo Pessini. São Paulo: São Camilo, Loyola. Cap. Dois

GUILHEM, Dirce. *A conquista da Vulnerabilidade.* Acesso em http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa05(varios)roundpatrao.pdf, em 19/05/2010, às 23h13min.

KILCA, Marcelo; BERNARDES, Marcio de Souza. *A BIODIVERSIDADE EM CENA:* diagnósticos da dificuldade de conferir valor econômico para as relações ecossistêmicas. In: Eco direito. O direito ambiental numa perspectiva sistêmico-complexa. EDUNISC. p. 197-255.

LAROUSSE ilustrado da língua portuguesa. Coordenação editorial Diego Rodrigues, Fernando Nuno, Naiara Raggiotti (Estúdio Sabiá). São Paulo: Larousse do Brasil, 2004.

LIMA LOPES, J.R. de. *O Direito ao Reconhecimento para Gays e Lésbicas.* In: Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 2, p. 65-95, 2005.

LUNA, Naara. *Provetas e Clones:* Uma Antropologia das Novas Tecnologias Reprodutivas. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.

_____ *Natureza humana criada em laboratório:* biologização e genetização do parentesco nas novas tecnologias reprodutivas. Hist. cienc. saude-Manguinhos, Ago 2005, vol.12, no.2, p.395-417. ISSN 0104-5970.

MATTAR, Laura Davis. *Reconhecimento Jurídico dos Direitos Sexuais* – Uma Análise Comparativa com os Direitos reprodutivos. Rev. Int. Direitos Humanos [online]. Jun.2008, v.5, n.8, pp. ISSN 1806-6445. Dói: 10.1590/S1806-64452008000100004.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e principio. In: *Bioética, Vulnerabilidade e Saúde.* São Paulo: Ideias e Letras; São Camilo. p.29/30.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Ecologia e Bioética global. In: *Problemas atuais de bioética.* São Paulo: Loyola, 6ª Ed., 1999.

RAMIREZ-GALVEZ, Martha. *Corpos Fragmentados e Domesticados na Reprodução Assistida.* Cad. Pagu [online]. 2009, n. 33. ISSN 0104-8333. dói: 10.1590/S0104 83332009000200004.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1992, acesso em http://www.bioetica.org.br/legislacao/res_par/integra/1358_92.php, em 28/05/2010, às 22h.

TAMANINI, Marlene. *Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas*: O paradoxo da vida e da morte. Revista Tecnologia e Sociedade. ISSN 1809-0044. Curitiba: Editora da UTFPR, n.3, p.211-249, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina B. e SÀ, Maria de Fátima F. de. *Fundamentos Principiologicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do estatuto do Idoso*. 2004.

TEIXEIRA, L. C.; PARENTE, F. S.; BORIS, G. D. B. *Novas Configurações Familiares e suas Implicações Subjetivas: reprodução assistida e família monoparental feminina.* Psico., Porto Alegre, PUCRS, V. 40, n.1, p. 24-31, jan./mar. 2009.

SAMRSLA, Mônica et al . *Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF* - estudo bioético. Rev. Assoc. Med. Bras., SãoPaulo, v.53, n.1, fev. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104- 42302007000100019&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 24 maio 2010. doi: 10.1590/S0104-42302007000100019., às 14h53min.

SCOTT, Joan W. APUD TELLES, Edna de Oliveira. *Significados de Gênero no Cotidiano Escolar de uma Escola Pública Municipal de São Paulo.* Acesso em http://www.anped.org.br/reunioes/27/ge23/p233.pdf, em 22/05/2010, às 01h56min.

SCHNEIDER, Raquel Belo e outros. *Reprodução Assistida.* Acesso em http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_01.htm, em 28/05/2010, às 21h30min.

WOLF, S. Two levels of pluralism. Ethics 1992;102:790. APUD DINIZ, Debora; GUILHEM Dirce. *Feminismo, Biopetica e Vulnerabilidade.* Acesso em http://www.ieg.ufsc.br/admin/downloads/artigos/13112009-025757diniz.pdf, em 24/05/2010, às 14h01min.

Capítulo III
Artigos do Corpo Discente

Antonio Passidomo
Jacob Reis Paiva Bitencourt
Vera Suely Barros Bitencourt
Michell Rocha
Paulo Eduardo de Oliveira

PROCEDIMENTO ARBITRAL: BREVE HISTÓRICO ATRAVÉS DO TEMPO E SUA UTILIZAÇÃO NO BRASIL

Antonio Passidomo[1]

SUMÁRIO: Introdução – 1. Breve Histórico – 1.1 Nas Religiões – 1.2 Nas Américas Pré-Colombianas – 1.3 A Evolução da Arbitragem no Brasil – 2. As Vantagens do Procedimento Arbitral – 3. Previsões e Garantias – Conclusão

INTRODUÇÃO

Partindo-se de um breve relato histórico, desde quando se iniciou a utilização da arbitragem no mundo, chega-se a conclusão de que este procedimento foi o primeiro a ser utilizado para dirimir conflitos quando o homem passou a conviver em grupos. Desde então foi aprimorado através dos tempos, sendo a origem do julgamento imparcial. Na Grécia Antiga, Roma Antiga, Idade Média, até chegar-se aos dias atuais. Utilizada também por diversas religiões, estando prevista em seus Códigos Sagrados, primeiras leis dos homens. Também utilizada por diversas tribos e povos dos continentes de forma semelhante fosse por seus conselhos de idosos ou por seus líderes. Porém, sempre mantendo a essência de chamar-se um terceiro imparcial para dar solução a controvérsia. No Brasil desde sua colonização atravessou todos os períodos até a atual Constituição Federal quando em 1996 finalmente foi consagrada através da Lei da Arbitragem, conhecida também por Lei Marcos Maciel – Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. As vantagens e desvantagens de sua utilização e suas previsões e garantias legais são os assuntos tratados neste artigo que traz por objetivo o despertar para um tema, sempre atual porém pouco difundido, principalmente para aqueles que buscam uma forma rápida, segura, de baixo custo, sem os entraves comuns da Justiça, e com os mesmos efeitos jurídicos.

1. Breve Histórico

Nos primórdios dos tempos, num mundo em que não haviam leis, regras ou justiça, prevalecia a força bruta e a vingança privada, no entanto, no decorrer evolutivo destes tempos remotos surgiu o que se pode considerar primeira forma de lei e justiça privada de acordo com o que encontramos em Deuteronômio 4.8 (Bíblia,) *in verbis*: "E que nação há tão grande, que tenha estatutos e juízos tão justos como toda esta lei que hoje ponho perante vós".

Ainda na antiguidade são encontradas muitas provas de arbitragens desempenhadas entre os povos, a iniciar pelos

1 Bacharelando do 10º semestre do curso de direito da Faculdade Regional da Bahia – UNIRB/2010.2, Conciliador - Técnico em Autocomposição por curso do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Fundador e atual Diretor Presidente do Tribunal Arbitral, Mediação e Conciliação do Estado da Bahia atuando como Juiz Arbitral, Mediador, Conciliador e Professor do Curso de Formação de Conciliadores, Mediadores e Árbitros do TAMCEBA. Ex serventuário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

babilônicos, com casos datados de 3.000 anos a.C. [2] , havendo também notícias que anteriormente a esta época este Instituto já era utilizado no Oriente.

Na Grécia antiga eram frequentes as soluções amigáveis dos litígios serem feitas por meio da arbitragem, que poderia ser a compromissória ou a obrigatória. O objeto da contenda era especificado através do compromisso e o(s) árbitro(s) indicado(s) pelas partes. O laudo arbitral era então gravado em plaquetas de mármore ou de metal e eram afixados nos templos das cidades para que o povo tomasse conhecimento[3] .

É então possível afirmar que este instituto já existia produzindo seus efeitos legais, inclusive com a devida publicidade, muito antes que houvesse surgido a figura do legislador ou do juiz estatal conforme Teixeira[4] que nos esclarece em seus estudos alguns relatos do uso da arbitragem desde os povos antigos, à saber:

a) na Grécia antiga, em face de ter constatado que o "tratado firmado entre Espanha e Atenas, em 455 a. C., já continha cláusula compromissória, o que evidencia a utilização desse instituto por aquele povo e, também, a sua eficácia como meio de solução pacífica dos conflitos de interesse;
b) na Roma antiga, em razão do sistema adotado de se estimular o "iudicium privatum-judez" (lista de nomes de cidadãos idôneos), cujo objetivo era de solucionar, em campo não judicial, os litígios entre os cidadãos;
c) nas relações comerciais assumidas durante o Séc. XI, pela posição dos comerciantes em resolver os seus conflitos fora dos tribunais, com base nos usos e nos costumes.

Na Roma antiga as controvérsias de cunho civil primeiramente eram levadas diante do magistrado, no Tribunal, para posteriormente serem apresentadas perante um árbitro particular (*arbiter*) que era escolhido pelas partes para então julgar o litígio. Este procedimento, por ser extremamente rápido, foi utilizado durante alguns séculos até o período clássico.

Na Idade Média, o Procedimento Arbitral também foi muito utilizado sendo comum para resolução de conflitos entre os nobres, barões, cavaleiros e proprietários feudais e principalmente pelos comerciantes.

Observa ainda o renomado Teixeira[5] que o procedimento arbitral entrou em desuso nos séculos XVI e XVII, porém no século seguinte retomou sua utilização, entretanto, devido às restrições promovidas por Napoleão Bonaparte com suas reformas legais instituídas nos idos do século XIX e devido ao exagero burocrático deixou de ser empregada.

O estudioso Martins[6] sobre o tema, afirma:

> Contudo, já no final do século XIX o interesse pela arbitragem é renovado, e sua utilização plenamente revigorada no século XX, com a ratificação de tratados sobre a matéria e a inserção do instituto na grande maioria dos sistemas jurídicos nacionais.

1.1 Nas Religiões

O Compromisso arbitral também é encontrado no Código Canônico[7] , promulgado em Roma no ano de 1917 pelo Papa Bento XV durante a celebração de Pentecostes, visando principalmente à transação, segundo as normas de direito ou equidade.

Em 1983 o Papa João Paulo II promulgou o segundo Código de Direito Canônico da Igreja latina, revogando o de 1917, dispondo sobre os modos de evitar os juízos ao expressar que para se evitar disputas judiciais, a composição ou a reconciliação é utilizada, cabendo a decisão a um ou mais árbitros.

No Alcorão[8] , livro sagrado do Islamismo, também encontra-se a arbitragem que em sua legislação, além de permitir, incentiva a autonomia judiciária das diversas comunidades sem distinção de grupos ou demais religiões, afirmando que deverão manter seus próprios tribunais e juízes, aplicando suas próprias leis em todos os ramos do Direito, e que as partes conflitantes sendo de comunidades distintas deverão fazerem uso de uma espécie de lei internacional privada para decidir o conflito entre as normas, menciona ainda o Alcorão que se houver disputa entre marido e mulher, estes deverão valer-se de um árbitro da família dele ou dela. Isto por que entre os mulçumanos valem-se da simplicidade e rapidez da administração da justiça.

Também previsto no direito Talmúdico[9] , onde a arbitragem é aplicada por um rabino ou por um conselho de rabinos, que através dos seus costumes, todas as disputas entre as pessoas ou entre comunidades deveriam ser submetidas à arbitragem.

1.2 Nas Américas Pré-Colombianas

Nas Américas pré Colombianas encontra-se relatos que no México, o povo escolhia um juiz com mandato anual para decidir as questões cíveis e criminais de menor importância. Os astecas, o próprio rei era o magistrado supremo e para julgar os conflitos entre as questões mercantis havia um tribunal nos mercados.

Observa-se ainda que em todas as demais nações e povos

2 FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem jurisdição e execução:* análise crítica da Lei 9307 de 23.09.96. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

3 LEMOS, Eduardo. *Arbitragem e Conciliação,* Editora Consulex, 2001

4 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. GARCEZ, José Maria Rossini (Coord.) Coletânea In: *A Arbitragem na Era da Globalização.* Rio de Janeiro: Forense, 1999. Pg. 25

5 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. GARCEZ, José Maria Rossini (Coord.) Coletânea In: *A Arbitragem na Era da Globalização.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

6 MARTINS, Pedro Antônio Batista. A arbitragem através dos tempos: Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. GARCEZ, José Maria Rossini (Coord.) Coletânea In: *A Arbitragem na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Pg. 35.

7 *Código de Direito Canônico.* Papa João Paulo II. (Trad.) Padre Jesús Hortal. S.j.. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, 11 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

8 *Os Significados Versículos do Alcorão Sagrado,* HAYEK, Samir El. (Trad.), 11 ed. São Paulo: Editora Jornalística MarsaM Ltda, 2001.

9 *O TEMPO DOS JUDEUS segundo as ordenações do reino*. Distribuidora, Secretaria de Estado da Cultura, São Paulo: Editora Livraria Nobel S.A, 1982.

das civilizações que vieram a ser ocupadas pelos europeus na era dos grandes descobrimentos, normalmente os julgamentos ficavam à encargo dos conselhos dos mais velhos ou rei, chefe, cacique ou qualquer que fosse a denominação destes dirigentes.

Originariamente utilizada desde os primórdios dos tempos em que a história nos revela, muito antes da existência de leis e de um sistema jurídico, e certamente servindo de base para a formação deste, a arbitragem vem sendo empregada como um meio pacífico para dirimir desavenças entre partes litigantes para solução de disputas, principalmente as patrimoniais.

1.3 A Evolução da Arbitragem no Brasil

No Brasil Colônia, quando Portugal se utilizava das Ordenações Filipinas[10] como base para o direito, a arbitragem já estava disciplinada no Livro III, que tratava dos árbitros e dos arbitradores.

No Brasil Império, com a promulgação da Constituição de 1824 em seu artigo 160, possibilitava as partes optarem por um juiz-árbitro para resolver o litígio, tanto em ações cíveis como nas penais, proporcionando independências às sentenças arbitrais sendo desnecessária sua homologação perante o judiciário desde que as partes convencionassem anteriormente que o litígio seria resolvido perante a arbitragem.

Numa época em que o Brasil sofria grandes transformações política, social e econômica, com a abdicação de D.Pedro I em favor de seu filho D. Pedro de Alcântara, futuro D. Pedro II, e com as diversas insurreições estourando praticamente em todas as capitais, em 26 de julho de 1831 previu-se o uso da arbitragem nos litígios que envolviam seguros, e em 11 de outubro de 1837 com a Lei 108 para os dissídios relativos à locação de serviços.

Com a promulgação da lei nº 556 de 25 de junho de 1850, pelo então Imperador D. Pedro II, que instituía o Código Comercial Brasileiro, regulamentou a arbitragem para o direito societário, discriminando que todas as questões de contrato de locação mercantil poderiam ser resolvidas pela arbitragem.

Com a Proclamação da República os Estados-Membros[11] passaram a poder legislar sobre a matéria processual, portanto, sobre a arbitragem. Nesta época, os Códigos Paulista, Mineiro e Baiano continham disposições sobre a arbitragem.

Observa-se que o procedimento arbitral sempre esteve presente em todas as Constituições do Brasil desde a época do Brasil Império. Entretanto, quem mais se utilizava e continua se utilizando deste recurso de forma continuada desde os tempos mais remotos é o comércio e mais ainda o comércio internacional pelas facilidades encontradas para resolverem seus litígios. As vantagens são inúmeras, dentre elas por ser um procedimento reconhecidamente rápido, eficaz e não ficar sujeito às diversas e diferentes leis existentes nos países, por eles aceito, possibilitando sua execução em caso descumprimento, e ainda ser o procedimento sigiloso, não expondo as partes nem o próprio litígio da controvérsia, evitando a insegurança popular, seja do mercado consumidor ou de empregados, contrariamente se recorrido ao Poder Judiciário que necessariamente terá que haver publicidade, além de tornar-se extremamente moroso e dispendioso.

Tratados internacionais foram surgindo para aplicação de procedimentos à serem seguidos pelos países membros. Um dos mais antigos e mundialmente conhecido é a Convenção de Genebra [12] quando em 1863 o suíço Henri Dunant organizou, com um grupo de pessoas, uma convenção não oficial para estudar os meios de combater a insuficiência do serviço sanitário nos exércitos em campanha. Esta convenção foi o marco da criação da Cruz Vermelha Internacional. No ano seguinte, a Conferência diplomática instituiu a primeira Convenção de Genebra dando ordem para ser respeitado e cuidado os militares feridos ou doentes sem distinção de nacionalidade. Desde então, as ambulâncias e os hospitais são protegidos mundialmente de todo ato hostil sendo reconhecíveis pelo símbolo da cruz vermelha com fundo branco. Posteriormente houveram outras três Convenções, em 1906, 1929 e 1949 sempre objetivando o Direito Humanitário Internacional, limitando as barbáries da guerra, incluindo-se ainda o Tratado de Haia de 1907 e as mais atuais como as de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958[13] , a de Washington de 18 de março de 1965, e mais recentemente a Convenção do Panamá em 1975. Ainda com relação a Convenção de Genebra, foram criados três protocolos de emenda à Convenção de 1949 sendo o último adotado pela Conferência Diplomática de 2005 em vigor desde janeiro de 2007.

A adesão do Brasil à Convenção de Nova Iorque foi estabelecida com a publicação do Decreto n° 4311 de 2002 e seu texto passou a vigorar, internamente, em 5 de setembro de 2002, pois o depósito do instrumento de ratificação na ONU foi feito em 7 de junho e, nos termos do artigo XII-2, a Convenção passa a vigorar noventa dias após o depósito.

2. As Vantagens do Procedimento Arbitral

A arbitragem, meio pacífico extrajudicial para resolução de controvérsias nos assuntos que dizem respeito a direito dispo-

10 As Ordenações Filipinas, embora muito alteradas, constituíram a base do direito português até a promulgação dos sucessivos códigos do século XIX, sendo que algumas disposições tiveram vigência no Brasil até o advento do Código Civil de 1916. A obra ficou pronta ainda no tempo de Felipe I, que a sancionou em 1595, mas só foi definitivamente mandada observar, após a sua impressão em 1603, quando já reinava Felipe II.

11 O Brasil possuía 13 Estados Soberanos quando houve a Proclamação da República e passou a chamar-se República dos Estado Unidos do Brasil. Tendo os Estados Soberanos os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário próprios e independentes.

12 *As Convenções de Genebra:* a essência do Direito Internacional Humanitário, Disponível em: http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/html/genevaconventions Acesso em: 08/05/2010.

13 A Convenção de Nova Iorque (CNI) é, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), a convenção de direito internacional privado com maior adesão do mundo, já tendo sido assinada por 131 países.

nível patrimonial entre duas ou mais pessoas, físicas e/ou jurídicas, inclusive a administração pública, seja o litígio de cunho nacional ou estrangeiro ou ainda entre situações internacionais, sendo um procedimento com diversas vantagens, dentre elas:

a) Ser extremamente rápido, pois a Lei da Arbitragem[14] determina em seu artigo 23 que sua duração máxima seja de 6 meses;
b) A liberdade das partes poderem escolher livremente qual o procedimento à ser adotado, se por direito (utilizando as normas vigentes) ou por equidade (utilizando o bom senso, usos e costumes) desde que não contrarie as Leis;
c) Poderem as partes escolher o julgador ou julgadores (Árbitros), que atuarão sob as mesmas atribuições e poderes conferidos ao Juiz de Direito (Togado), razão pela qual o laudo ou termo promulgado passou a chamar-se de sentença, esta também com os mesmos efeitos da emitida por um Juiz do Poder Judiciário;
d) A economia processual, pois não há cobrança de custas judiciais nem tão pouco a necessidade da contratação de um advogado, porém mesmo a Lei 9.307/96 dispensando esta necessidade sempre é aconselhável que as partes utilizem o assessoramento de um e certamente seus honorários não serão os mesmos que seriam cobrados caso fosse para um litígio perante o Poder Judiciário, ficando os honorários do Árbitro no máximo em 10% do valor atribuído ao litígio, e sendo este valor dividido entre as partes;
e) É sigiloso, ou seja, diferente do Poder Judiciário que está obrigado à dar publicidade das partes, da causa e seus atos, no procedimento arbitral tanto as partes quanto à própria causa não serão expostas publicamente, preservando a questão e motivos da controvérsia bem como as partes envolvidas;
f) Outra vantagem é que a sentença promulgada pelo Arbitro além de possuir os mesmos efeitos de uma sentença judicial, não sofre necessidade de homologação perante a justiça e ainda não podendo sofrer apelação ou recurso, sendo ela terminativa, com exceção nos casos em que esta sentença apresente erro material, obscuridade, dúvida ou contradição ou omissão de algo que deveria manifestar. Tem ainda esta sentença força obrigacional para seu cumprimento seja das partes e seus sucessores tornando-se um título executivo, e no caso de descumprimento ser levada perante o Poder Judiciário para sua execução sumária.

Certamente o melhor meio pacífico para se alcançar, de forma rápida, segura e econômica uma solução definitiva para disputas ou polêmicas.

Discutindo os limites e possibilidades da arbitragem como alternativa à jurisdição, observamos que os Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias (MESCs) são hoje considerados como opção moderna e coerente para solução de controvérsias, uma vez que a relação das partes conflitantes são preservadas através destes métodos, pois elas, em conjunto, possuem o domínio do procedimento à ser adotado. Esta soberania faz grande diferença para os processos judiciais.

O Procedimento Arbitral no Brasil foi definitivamente consagrado com sua regulamentação ocorrida somente em 23 de setembro de 1996 através da promulgação da Lei 9.307, conhecida também pelos nomes de Lei da Arbitragem (ou Arbitral) e por Lei Marcos Maciel.

Já faz alguns anos que Ministério da Justiça, através do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vem incentivando que as pessoas antes de ingressarem com alguma causa perante os Órgãos do Poder Judiciário tentem resolvê-las pacificamente através de uma conciliação, ou mesmo aqueles que já tenham dado início a um procedimento judicial, atendam aos chamados promovidos pelo CNJ e Poder Judiciário dos Estados para que compareçam em seus Mutirões de Conciliação quando oportunamente poderão realizar um acordo.

A intenção da Justiça é para que as pessoas evitem ingressarem em juízo com causas que poderiam ser solucionadas pelas partes através da composição de um acordo, evitando assim o crescente número de ações, principalmente as relacionadas às transações que elas mesmas podem dar solução.

O que mais se verifica além da boa vontade das próprias partes em não reconhecer, na maioria das vezes, que poderiam dar solução imediata ao invés do tempo que irão ter que dispor não só em deslocamentos nas idas e vindas aos cartórios, a contratação de advogado, não mencionando os valores despendidos para as deslocações e custas judiciais ou advocatícia, chegando muitas das vezes ter que se aguardar longos meses para realização de uma audiência conciliatória e posteriormente, caso não haja conciliação as demais audiências de instrução e julgamento, quando então, pelo tempo que já aguardou para ter solucionado seu problema muitas das vezes acabam convencionando um acordo para se verem livre do transtorno ou não o aceitam e partem para um litígio do qual se levará muito mais tempo.

Verifica-se também que nas audiências de conciliação realizadas principalmente nas Varas Cíveis, certa ausência de estímulo dos Magistrados para tentarem esgotar todas as possibilidades para se alcançar um acordo. É comum nestas audiências o Juiz perguntar as partes se elas têm alguma proposta a apresentar e quando a resposta é negativa ou apenas uma deseja tal acordo a outra parte a recusa e o Magistrado já encerra esta fase processual passando à seguinte com a instrução, o que muitas das vezes acaba sendo marcada para meses seguintes.

Muitos justificam esta atitude do Magistrado devido à ausência de tempo suficiente para dedicarem-se a este esgotamento, o que de fato é reconhecidamente sabido pelo volume assustador de processos em cada Cartório, mas também caberia aos

14 BRASIL, Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Publicado no D.O.U. de 24.9.1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 11 jun 2010.

Tribunais de Justiça obrigarem seus Juízes cumprirem o que determina a lei, além de serem criadas câmaras conciliatórias para esta prática. Não sendo os mutirões adequados para este exercício, quando são separados e remetidos um número exorbitante de processos e os conciliadores devem cumprir suas metas para com o Judiciário, que mais se preocupa em apresentar números estatísticos do que propriamente realizar ao que se propõe.

Muitos culpam os Tribunais de Justiça pela morosidade, seja pela escassez de serventuários e juízes, ou pelo um número insuficiente de Varas e Juizados, o que não deixa de ser verdade, que devido ao crescente populacional acabam ficando desproporcional por não acompanharem percentualmente este crescimento. É como, por exemplo, um recipiente com capacidade de 1 litro ter que suportar 2 litros. O mesmo problema é verificado no sistema carcerário, onde as casas de detenção abrigam geralmente o dobro ou até o triplo da capacidade estrutural, não sendo criadas novas unidades proporcionalmente ao número sempre crescente de infratores.

Mas voltando ao nosso assunto, que é a arbitragem, devemos ainda lembrar que o número de habitantes é crescente, o ingressos de novas ações são cada vez maiores a cada dia, com isso acabam provocando uma retenção natural no andamento cartorário decorrente também pela burocracia necessária para atender as exigências do Código de Processo Civil (CPC) [15], aumentando o tempo para chegar-se ao término de uma lide, sem contar com a possibilidade das partes insatisfeitas com as decisões, apelarem ou ingressarem com agravos e recursos às turmas de 1ª e 2ª graus, e de forma quase que infinitamente às instâncias superiores, as quais também sofrem dos mesmos problemas mencionados.

Toda esta problemática de fato poderia ser amenizada se as pessoas conseguissem reconhecer que se promovessem um acordo evitariam tanto desgaste e teriam suas questões resolvidas de forma simples, rápida e pacata. Mas existem ainda as que assim procedem e tentam uma solução pacífica e acabam não chegando a um acordo razoável, e sentindo-se prejudicada caso concorde, prefere entregar a decisão ao Poder Judiciário, que também por sua vez muitas das vezes acaba não satisfazendo ao que se almeja.

A Lei da Arbitragem contribui de forma efetiva para as soluções de questões de controvérsias de cunho patrimonial no que disser respeito ao direito disponível devido a sua simplicidade e celeridade e ainda os Árbitros que se dedicam à esta prática estarem realmente preparados e dispostos a realizarem sempre uma boa conciliação antes de efetivamente darem início à arbitragem propriamente dita. Acredita-se que a utilização do Procedimento Arbitral daqueles que contratam entre si optarem desde logo por esta alternativa ao invés da Justiça Estatal, bem como os que já se encontram em litígio, buscar este procedimento, possam agilizar a conclusão das suas controvérsias além de minimizar o número de processos existentes no Poder Judiciário.

Às vésperas de completar 14 anos de existência, o procedimento arbitral, como já mencionado, continua sendo utilizado muito mais pelo comércio e principalmente o internacional, entretanto ainda é pouco utilizado e praticamente desconhecido pelas pessoas.

Talvez a pouca procura e utilização do Instituto Arbitral pelas pessoas deva-se ao fato do desconhecimento destas da possibilidade legal da arbitragem, aliadas ao tradicionalismo e ainda e principalmente a falta de maior divulgação do próprio Poder Judiciário, que mesmo estimulando às partes promoverem a conciliação, não informam que o Procedimento Arbitral também pode ser recorrido com as vantagens já citadas.

Caberia também à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), bem como às faculdades de direito e aos advogados divulgarem a existência desta Lei às pessoas, inclusive incentivando-as a utilização do Instituto Arbitral como meio alternativo para solução de litígios ao invés de sempre recorrerem ao Estado.

Esta omissão muitas vezes é justificada pelo fato de ser uma justiça privada, daí cabendo às empresas e sociedades promoverem a divulgação deste procedimento, informando que o acordo ou sentença promulgada através do Procedimento Arbitral possuem o mesmo valor jurídico da obtida através do Poder Judiciário e ainda com a vantagem de ser irrecorrível à instâncias superiores evitando-se um maior prolongamento processual.

As seccionais da OAB, bem como diversos conselhos de categorias profissionais e ainda alguns escritórios de advocacia disponibilizam esta prestação de serviços além de diversas empresas que atuam especificamente para este fim, porém sem muita ênfase, o que é lastimável.

Por a lei dispensar a obrigatoriedade de acompanhamento de advogado, este não se encontra estimulado para operar nesta Justiça Alternativa, esquecendo-se que o mesmo ocorre nos Juizados e nem por isso deixam de operar nesta Jurisdição. O que deveriam inclusive estimular seus clientes ao uso da arbitragem exatamente pelo prazo previsto nesta lei, além da total garantia de eficácia e simplicidade processual, ou seja, muito menos desgastante ao profissional e ao seu cliente, que certamente sairá satisfeito com o resultado e a possibilidade deste profissional obter ganhos mais rápidos.

Desde a entrada em vigor da Lei 9.307/96 surgiram diversas empresas especializadas que se nominaram utilizando a nomenclatura de "Tribunal" ou "Juízo" ou "Juizado" ou "Câmara", ou "Núcleo", ou outras tantas denotações que remetem às pessoas a entenderem que ali existe a promoção de julgamentos. Muitas destas empresas começaram a agir de forma incorreta, outras, de forma ilegal, aproveitando-se desta nomenclatura, inclusive utilizando-se de símbolos como Brasão da República e instalando-se em edifícios onde a arquitetura remetia a um órgão estatal, já com a intenção de confundir as pessoas. Entretanto o Ministério Público, as Polícias Federal e Civil, recebendo algumas denúncias destas práticas confusas,

15 BRASIL, Lei nº 5869 de 11 de janeiro de 1973 . Institui o Código de Processo Civil. Publicado no D.O.U. de 17.1.1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em 11 jun 2010.

passaram a observar estas empresas e suas condutas, muitas sendo fechadas e seus responsáveis presos, outras tendo que se adequarem alterando sua nomenclatura e simbologia. Contudo, quanto a isto, há um parecer do renomado doutrinador Carlos Alberto Carmona, um dos criadores da Lei 9.307/96, no qual, mesmo desaconselhando a terminologia "Tribunal" anteriormente mencionada, não encontra motivos suficientes para sua não utilização desde quando observados os itens que possam promover a confusão daqueles que buscam este serviço.

É crescente o número de empresas especializadas no Procedimento Arbitral, havendo uma maior concentração nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília dentre outras, principalmente nas regiões sul, sudeste e centro-oeste, não obstante existirem em outras cidades do norte e nordeste porém em número ainda inexpressivos e reduzidos, principalmente pela ausência de procura, possivelmente devido a desinformação, publicidade e culturalmente ainda enraizadas de que somente através do Poder Público há garantias legais para solucionar conflitos.

3. Previsões e Garantias Legais

A Constituição Federal de 1988 (CF/88)[16] em seu artigo 98 estipula que devem a União, Estados, Distrito Federal e Territórios criarem Juizados Especiais providos por juízes togados ou togados e leigos competentes para a conciliação conforme se lê:

> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
> I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Infelizmente não é bem isso que pode ser observado, inclusive no Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA) onde recentemente foram dispensados todos os conciliadores de seus quadros, atendendo determinação do CNJ devido inúmeras irregularidades verificadas.

No Código de Processo Civil a previsão legal para conciliação encontra-se nos artigos 277, 331, 447, 448, 449 e 475-N e parágrafos ao determinar:

> Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.
> § 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador.
> Art. 331, § 1o Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.
> Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.
> Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.
> Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.
> Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.
> Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:
> III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;
> IV – a sentença arbitral;

Na Lei 9.099/95[17] que instituiu os Juizados também encontramos subsídios para a conciliação e adoção da arbitragem:

> Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação
> Art. 16. Registrado o pedido, independentemente de distribuição e autuação, a Secretaria do Juizado designará a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de quinze dias.
> Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.
> Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.
> Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.
> Art. 23. Não comparecendo o demandado, o Juiz togado proferirá sentença.
> Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo

16 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Publicado no D.O.U. de 5.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 jun 2010.

17 BRASIL, Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Publicado no D.O.U. de 27.9.1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>. Acesso em: 11 jun 2010.

> arbitral, na forma prevista nesta Lei.
>
> § 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.

Na própria Lei 9.307/96 que instituiu e regulou a arbitragem verificamos em seus artigos:

> Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.
>
> § 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

4. Considerações Finais

Podemos por fim concluir que sendo o procedimento arbitral o meio pelo qual desde os primórdios da história da civilização humana vem sendo adotado como uma forma pacífica para resolução de controvérsias continua sendo um meio prático, eficiente, rápido e seguro, que a sua pouca utilização pelas pessoas não é por ausência de legislação, mas sim a possível falta de divulgação adequada, preparo e estimulo dos profissionais operadores do direito e maior incentivo do próprio Poder Judiciário levarem ao conhecimento da população a existência desta oportuna opção.

A Lei 9.307/96 oferece condições a todos para que seja evitado o procedimento Judicial nas questões que a lei não impede sua utilização, prática esta que no Brasil ainda não vem sendo muito utilizada, diferentemente de muitos outros países, inclusive sendo obrigatório em alguns a apreciação da causa por um Tribunal Arbitral para tentativa prévia de conciliação ou julgamento para somente depois, caso não se alcance um consenso entre as partes e estas optarem o julgamento perante um Tribunal de Justiça Estatal.

O que as pessoas ainda parecem desconhecer, inclusive os operadores do direito, ou se estes sabem preferem se calar é o que a própria lei 9.307/96 em seu artigo 13 diz que "Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes". Com isso, fica claro que não é exigido nenhum grau de escolaridade, conhecimento ou preparo específico, e sim a confiança das partes. E estas muitas das vezes acabam levando seus conflitos às empresas que se especializaram nesta atividade e lá confiam suas causas, igualmente como se estivessem perante o Poder Judiciário aguardando por um julgamento imparcial. As diferenças existentes entre uma empresa especializada no Procedimento Arbitral e o Poder Judiciário é, infelizmente, praticamente as mesmas quando se observadas todo e qualquer serviço oferecido pelo Poder Público e quando estes também são oferecidos por empresas privadas. Normalmente estas empresas investem no aprimoramento constante de seus funcionários, zelando pela cordialidade e atenção oferecendo ambiente agradável, confortável e seguro para seus clientes, afinal de contas, são empresas competitivas e cada uma busca seu mercado consumidor para se estabilizarem e prosperarem.

5. Referências

As Convenções de Genebra: A Essência do Direito Internacional Humanitário, Disponível em: <http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/html/genevaconventions>. Acesso em: 08/05/2010.

BRASIL, Lei nº 5869 de 11 de janeiro de 1973 . *Institui o Código de Processo Civi*l. Publicado no D.O.U. de 17.1.1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em 11 jun 2010.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil.* Publicado no D.O.U. de 5.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 jun 2010.

BRASIL, Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. *Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.* Publicado no D.O.U. de 27.9.1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>. Acesso em: 11 jun 2010.

BRASIL, Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. *Dispõe sobre a arbitragem.* Publicado no D.O.U. de 24.9.1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 11 jun 2010.

Código de Direito Canônico. Papa João Paulo II. (Trad.) Padre Jesús Hortal. S.j.. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, 11 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem jurisdição e execução*: análise crítica da Lei 9307 de 23.09.96. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

HELEN, Victor. NOTAKER, Henry. GAARDER, Jostein. *O Livro das Religiões.* LANDO, Isa Maria (Trad.). Cia. das Letras, 2002

Lemos, Eduardo. *Arbitragem e Conciliação,* Editora Consulex, 2001.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. A arbitragem através dos tempos: Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. GARCEZ, José Maria Rossini (Coord.) Coletânea In: *A Arbitragem na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Os Significados Versículos do Alcorão Sagrado, HAYEK, Samir El. (Trad.), 11 ed. São Paulo: Editora Jornalística MarsaM Ltda, 2001.

O TEMPO DOS JUDEUS segundo as ordenações do reino. Distribuidora, Secretaria de Estado da Cultura, São Paulo: Editora Livraria Nobel S.A, 1982.

Ordenações Filipinas. Wikipédia, a enciclopé-

dia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ordena%C3%A7%C3%B5es_Filipinas>. Acesso em: 05 mai 2010

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. GARCEZ, José Maria Rossini (Coord.) Coletânea In: *A Arbitragem na Era da Globalização.* Rio de Janeiro: Forense, 1999

TOMEI, Neide Morais Terezinha. HANDLER, Esther. (trad.) *O Direito Talmúdico*, Editora Perspectiva, 1988.

A REINSERÇÃO DO TRABALHADOR NO MERCADO DE TRABALHO: As implicações advindas do processo de reinserção do trabalhador no mercado de trabalho com relação à reabilitação e readaptação profissional.

Jacob Reis Paiva Bitencourt (UNIRB)[1]
Vera Suely Barros Bitencourt (UNIRB)[2]

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. Aspectos Legais. 3. Responsabilidades. 4. Reabilitação e Readaptação. 5. Ações Regressivas Acidentárias. 5.1 Da Petição de Cumprimento de Sentença. 5.2 – Do Pagamento. 6. Conclusão.

1. Introdução

O objeto deste projeto consiste nas implicações advindas do processo de reinserção do trabalhador no mercado de trabalho com relação à reabilitação e readaptação profissional.

Este estudo trata de um apanhado bibliográfico sobre acidentes do trabalho (AT), que implica ou não na reinserção do trabalhador no mercado de trabalho em função da reabilitação, que tem como significado a palavra reabilitar segundo. Aurélio[3] "restituir ao estado anterior, aos primeiros direitos, prerrogativas, etc, ou à estima pública ou à particular. Readquirir a estima pública ou particular. Reabilitação". E para Michaelis[4] , "reabilitar tem o significado de restituir a alguém os direitos que tinha perdido. Restituir à estima pública, à estima de alguém. Regenerar moralmente"[5] . E readaptação profissional, e readaptar significa, "adaptar-se de novo"[6] .

Inicialmente, apresenta-se definição de acidente e/ou acidente do trabalho, em seguida, descreve-se num breve histórico acerca do sentido da concepção de acidente do trabalho na literatura. Acidente, palavra definida no dicionário da língua portuguesa, que é substantivo masculino e designa "acontecimento casual, imprevisto, que também segundo o mesmo, significa, acontecimento infeliz, casual, ou não, de que resulta; ferimento, dano, etc. desastre"[7] . Ao passo que define outro autor como sendo; "O que é casual, imprevisto. Desastre, desgraça"[8] . A partir daí, demonstra-se à realidade propriamente dita desses eventos, procurando-se identificar possíveis relações entre as concepções de acidente adotadas,

1 Bacharelando da Faculdade Regional da Bahia (UNIRB), cursando 10º Semestre Noturno.

2 Bacharelanda da Faculdade Regional da Bahia (UNIRB), cursando 10º Semestre Noturno

3 Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa.* Coord. Marina Baird Ferreira. 3.ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 462.

4 MICHAELIS: *pequeno dicionário da língua portuguesa* – São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998. – (Dicionário Michaelis).p.1043.

5 Cf. ob. cit. MICHAELIS, p. 1044.

6 Cf. ob. cit. FERREIRA, p. 7.

7 Cf. ob. cit. MICHAELIS, p. 18.

8 MORAES, Gláucia T.Bardi de; PILATTI, Luiz Alberto; KOVALESKI, João Luiz. *Acidentes de trabalho:* fatores e influências comportamentais. XXV Encontro Nac. de Eng. De produção. Porto Alegre, RS, 29 out a 01 de nov de 2005, p. 1.

e os resultados nelas obtidos.

Em função destas relevantes informações sobre acidentes de trabalho, inserimos o contexto dos aspectos psicológicos e psicosociológicos, mais a característica da personalidade do homem no ambiente de trabalho. Visualizando os aspectos desses fatores determinantes para o acontecimento do acidente de trabalho. Através de levantamentos extraídos de pesquisa embasamento literário que abordam aspectos subjetivos e acidente de trabalho. Os demonstrativos evidenciam que apesar dos métodos utilizados e dispositivos na prevenção de acidentes no ambiente de trabalho, de que são elevados os índices na ocorrência desses, e que apontam como causa principal o fator humano, ou seja, o próprio homem, conforme corrobora sobre estes fatores [9] Moraes.

São alarmantes os elevados índices de acidentes de trabalho no Brasil, e chegam a preocupar, isto dito com base em dados da Organização Internacional do Trabalho – (OIT -2002) que mostram em média a morte de dez pessoas todos os dias no exercício de suas atividades profissionais, ou seja, uma a cada duas horas e meia. No ranking dos países, fica o Brasil em décimo lugar com o maior número de acidentes de trabalho, conforme também cita Moraes[10] .

Sob a posição de destaque ocupada pelo Brasil, por questão de acidentes de trabalho, temos o fator humano, compreendendo características psicossociais do trabalhador, atitudes negativas para com as atividades prevencionistas, aspectos da personalidade, falta de atenção, entre outras, conforme Moraes[11] .

Conforme Moraes, citando Dejours, apresenta um paradigma metodológico de pesquisa denominado "Psicopatologia do Trabalho", proposto por este, que orienta uma discussão no sentido de se questionar as repercussões em que a organização do trabalho impõe a vida do trabalhador, bem como o sofrimento que advém condicionando as dimensões de sua vida social. Revelando assim o autor, uns sofrimentos "não reconhecidos", oculto, invisível, mais sentido subjetivamente.

> A organização do trabalho exerce sobre o homem uma ação específica, cujo impacto é o aparelho psíquico. Em certas condições emerge um sofrimento que pode ser atribuído ao choque entre uma história individual, portadora de projetos, de esperanças e de desejos, e uma organização do trabalho que os ignora. Esse sofrimento de natureza mental surge quando o homem no trabalho já não pode fazer nenhuma modificação na sua tarefa, no sentido de torná-lo mais conforme as suas necessidades fisiológicas, e a seus desejos psicológicos, isto é, quando a relação: homem-trabalho é bloqueada[12] .

Dessa forma, a elaboração do texto aparece permeada por uma espécie de questão explicitada pelo contraste entre abordagens de acidentes na literatura. Demonstrando de forma contundente, as implicações decorrentes deste processo de retorno do trabalhador no mercado de trabalhado.

A Reabilitação e Readaptação profissional tem, por finalidade, como tema de estudo escolhido, a apresentação de aspectos próprios vivenciados pelo autor, de colegas e até mesmo de amigos, decorrentes do trabalho, fazendo um breve paralelo entre órgão governamental, empresa e trabalhadores, que em determinados momentos desta, trazem discussões recheadas de antagonismo.

No Brasil, as empresas que empregam trabalhadores de acordo com as regras preconizadas na Consolidação das Leis do Trabalho adotam definição jurídica de acidente do trabalho constante na legislação previdenciária: "aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause morte, perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho[13] ".

Assim, ocorrido um acidente em que a vítima é vinculada ao seguro de acidente do trabalho, o Departamento de Pessoal da empresa emite comunicação de acidente do trabalho (CAT), encaminhada à Previdência Social, com cópia para outros organismos públicos. Além disso, por força de obrigações definidas na legislação trabalhista vigente, setores da empresa procedem à investigação do acidente.

As estatísticas oficiais de acidentes do trabalho são elaboradas com base nas CATs e, apesar da precariedade das informações disponíveis e de suas limitações no que tange ao dimensionamento do real impacto do trabalho sobre a saúde, mostram que sua ocorrência assume dimensão alarmante. Assim é que, de 1981 a 1990, foram registrados junto à Previdência Social 10.374.247 acidentes do trabalho, dos quais 254.550 resultaram em invalidez e 47.251 em óbitos[14] , Binder e Almeida.

Na nova versão da Norma Brasileira 14280 (NBR 14280), a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) adota definição bastante semelhante à da legislação, embora se refira também a eventos sem vítimas: "Acidente de trabalho é a ocorrência imprevista e indesejável, instantânea, ou não, relacionada com o exercício do trabalho, que provoca lesão pessoal ou de que decorre risco próximo ou remoto dessa lesão[15] ".

Com o fim de se poder chegar ao real objetivo determinante do trabalho ao qual se propôs o autor a realizar, faremos um passo a passo, para o entendimento da temática que vise a um melhor aproveitamento do conhecimento a ser disseminado neste trabalho científico.

Por conseguinte, passemos à fase inicial deste processo, que se inicia após o 15º dia de licença médica conferida ao

9 Cf. ob. cit. MORAES, p. 1.
10 Cf. ob. cit. MORAES, p. 2.
11 Cf. ob. cit. MORAES, p. 2.
12 Cf. ob. cit. MORAES, p. 2.

13 ALMEIDA, Ildeberto Muniz. *Construindo a culpa e evitando a prevenção:* caminhos da investigação de acidentes do trabalho em empresas de município de porte médio, 2001. – f. Tese (Doutorado em saúde ambiental) – Faculdade de Saúde Pública – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2001. Paixão, citado por Almeida. p.2.
14 Cf. ob. cit. ALMEIDA, p. 2.
15 Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) – NBR 14280.

trabalhador que se envolveu em acidente de trabalho, e que a partir do 16º dia, passa a ser de responsabilidade do órgão oficial de Previdência Social, o acolhimento deste profissional em questões de remuneração e acompanhamento do tratamento até o seu restabelecimento, após ter este passado pelo processo de Perícia Médica inicial.

2. Aspectos Legais

Para atingirmos os objetivos decorrentes do processo de reabilitação e readaptação do trabalho, teremos a necessidade de fazermos explanação sobre os aspectos legais, que envolvem a situação falando sobre os vários direitos pertinentes ao caso, nas suas peculiaridades. O Direito Constitucional, Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito Administrativo, e Direito Civil, abordando a questão das reparações cabíveis no que tange ao dano causado ao trabalhador, em decorrência do acidente do trabalho sofrido.

Com o fim de se poder chegar ao real objetivo determinante do trabalho ao qual se propôs o autor a realizar, faremos um passo a passo, para o entendimento da temática que vise a um melhor aproveitamento do conhecimento a ser disseminado neste trabalho científico.

Por conseguinte, passemos à fase inicial deste processo, que se inicia após o 15º dia de licença médica conferida ao trabalhador que se envolveu em acidente de trabalho, e que a partir do 16º dia, passa a ser de responsabilidade do órgão oficial de Previdência Social, o acolhimento deste profissional em questões de remuneração e acompanhamento do tratamento até o seu restabelecimento, após ter este passado pelo processo de Perícia Médica inicial.

Feito esta breve evolução histórica do acidente de trabalho, podemos então adentrar, o conteúdo a que se destina à propositura do tema, falando de pronto o significado de:

Dano Moral[16] , que para Aurélio, 1. Dano significa; mal ou ofensa pessoal. 2. Prejuízo que sofre quem tem seus bens deteriorados ou inutilizados. Moral, significa 1. Conjunto de regras de conduta ou hábitos julgados válidos, que de modo absoluto, quer para grupo ou pessoa determinada. 2. Conclusão moral duma obra, fato, etc. sm. 3. O conjunto das nossas faculdades morais, brio. 4. O que a de moralidade em qualquer coisa, Adj. 5. Relativo à moral. Indenização, significa; 1. Ato de indenizar. 2. Quantia com que se indeniza. Para Michaelis [17] , Dano significa; sn. 1. Mal ou ofensa que se faz a outrem. 2. Dir Prejuízo moral ou material causado a alguém. 3. Estrago. 4. Perda. Já, Moral para ele tem o seguinte significado; 1. Relativo à moralidade, aos bons costumes. 2. Que procede conforme a honestidade e à justiça, que tem bons costumes. E outros. E, indenização, para ele significa; sf. Ato ou efeito de indenizar, para então falarmos dos respectivos direitos que a questão envolvem.

Vale salientar, que para consolidação do presente trabalho serão utilizadas ferramentas como, a legislação e a doutrina, e outros se necessário que visem à aferição do resultado da presente pesquisa.

Direito Constitucional, segundo Silva Neto[18] , os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, no inciso IV do artigo 1º, como fundamentos do Estado brasileiro, relata que:

A primeira Constituição brasileira a trazer referência expressa sobre a valorização do trabalho foi a de 1946, em cujo seio resplandecia o art.145: "A ordem á econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano".

Econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I – (...); II – A valorização do trabalho como condição da dignidade humana", comando que, por sua vez, permaneceu inalterado na ordem constitucional subseqüente, conforme se vê no art. 160, II, da Constituição de 1969.

Portanto, ao que podemos notar incorporar um valor social ao trabalho humano, já faz parte da história constitucional brasileira, cumprindo esclarecer, assim, que o trabalho não pode, de maneira alguma, ser assumido friamente como mero fator produtivo; é, sim, fonte de realização material, moral e espiritual do trabalhador, que também podemos fazer menção ao Princípio Constitucional da Não-Discriminação e as Relações de Trabalho, por que sofrem estes trabalhadores estas discriminações até mesmo quando passam por um processo de reabilitação e readaptação no seu ambiente de trabalho.

A livre iniciativa, por sua vez, deve ser compatibilizada à valorização do trabalho quanto à livre iniciativa, devendo, nesse passo, se valer o aplicador do direito do postulado da concordância prática, dirigido à solução que equilibre os bens constitucionalmente tutelados. Nem o excessivo peso a ser atribuído à liberdade de iniciativa, nem se conferir maior densidade aos valores sociais do trabalho.

Estes valores citados nos capítulos anteriores estão consolidados na Constituição Federal de 1988[19] , nos dispositivos

16 Cf. ob. cit. FERREIRA, pp. 160, 302, 371/2.
17 Cf. ob. cit. MORAES, p. 348, 667, 866.

18 SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 202.
19 "Art. 6º. São direitos sociais a educação e a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".
"Art.7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social": "Inc. XXVIII – Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo e culpa".
Parágrafo Único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração a previdência social.
"Art. 10º. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação".
"Art.7º. Incluindo-se aí, os incisos: XXX – Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; Inc. XXXI – Proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; Inc. XXXII – Proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou

dos artigos dos Direitos Sociais, e da Não-Discriminação e as Relações de Trabalho.

No Direito Trabalho, ao que concerne à parte da doutrina com relação a Dano Moral ou patrimonial, em decorrência da relação de trabalho, com a instituição da Emenda 45/2004, é dito que, é da competência da Justiça do Trabalho analisar estas questões. Para a outra corrente, é da justiça comum a competência, em função de determinada matéria pertencer ao Direito Civil, e não se inserir no contrato de trabalho, daí a prestação jurisdicional pautar-se-ia de acordo com a causa de pedir e o pedido, que decorre do ilícito do Direito Civil, podendo assim, citarmos como exemplo, o acidente de trabalho[20] , que em conformidade ao aqui dito corrobora Martins.

Assim sendo, é competente a Justiça Comum, por não existir lei ordinária que regule controvérsias decorrentes de relação de emprego, tornando-se incompetente a Justiça do Trabalho para apreciar tal questão envolvendo acidente do trabalho. Porém, a Constituição Federal, dirimindo estes pontos controversos quanto a inexistência de lei que regule este conflito, inclui no artigo 114, essa competência prevê que; controvérsias entre empregado e empregador decorrentes de relação de trabalho, são de competência da Justiça do Trabalho.

Ainda, podemos explicitar que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho (parágrafo único do artigo 8º da CLT). Aplicando-se aí, o artigo 186 do Código Civil. Conforme podemos fazer leitura na obra de Martins. "O STF entendeu que a competência para julgar dano moral decorrente da relação de trabalho é da Justiça de Trabalho[21] .

Conforme afirma Martins[22] :

> O inciso VI do artigo 114 da Constituição Federal, de acordo com a redação da Emenda Constitucional nº 45/2004, dirimiu a dúvida, ao estabelecer que as ações de indenização por dano moral ou patrimonial são da competência da Justiça do Trabalho, desde que decorrente da relação de trabalho.

Na área de Direito Previdenciário, através de um breve histórico faremos uma introdução destes aspectos que se faz necessário, para um melhor entendimento ao tema inicialmente proposto pelo autor deste trabalho científico. Onde verificam que a necessidade de uma reparação para com o empregado acidentado vem a partir da Revolução Industrial, onde os empregadores observaram que este trabalhador após o acidente não mais conseguiam se colocar em outras empresas, ficando totalmente desprotegido. Daí, vem à preocupação dos países industrializados, no sentido de se fazer uma reparação a estes trabalhadores e ou seus familiares, de forma limitada a um determinado período, observando-se situações tais que em "havendo negligência do empregado, não se admitia a existência de acidente de trabalho"[23] . Vez por outra, é que preocupados por estas questões, é que nos dias atuais a sistemática aplicada é do sistema proposto em 1946, pelo plano Beveridge, consubstanciado na "Consolidation Act" de 1965, onde existe um sistema tripartite de contribuições, tendo aí proteção para a incapacidade, morte, assistência hospitalar, reabilitação, etc[24] .

Direito Civil, com relação ao que iremos abordar sobre a responsabilidade do empregador para ressarcir o empregado pelo dano a ele causado em função da ocorrência de acidente, podemos então dizer que:

Verifica-se já a bastante tempo, de forma consagrada em termos jurídicos, a possibilidade de se responsabilizar civilmente o empregador pelas ocorrências de acidente ou doença em decorrência do trabalho, e conseqüente pagamento de indenização ao obreiro vítima do infortúnio.

Entretanto, inovações atuais no ordenamento jurídico trouxeram nova perspectiva à matéria, comparativamente tratando-a de forma inovadora ao regramento anterior.

Decorrentes do advento do novo código civil através da (Lei 10.406/2002) e da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, sobrevieram as principais mudanças, que com este novo panorama, várias dúvidas subsistem aos operadores e aplicadores do Direito, sejam eles juristas ou não.

Com vista ao esclarecimento da polêmica proveniente deste assunto por ora em questão, sem nenhuma intenção de esgotar o assunto, vem a nossa pretensão de explicitar a natureza do tema.

3. Responsabilidades

O ponto em destaque a ser primeiramente observado, destina-se, a não se fazer confusão sobre a responsabilidade do empregador em indenizar o obreiro (responsabilidade civil), para com a obrigação de fazer da previdência a cargo do Estado (responsabilidade acidentária – previdenciária), representado assim pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS.

Três são as hipóteses de existir, conforme caso concreto em ocorrido acidente, com efeito:

1. ambos (empregador e INSS) são obrigados a reparação dos danos sofridos pelo trabalhador, cada um a sua forma peculiar;
2. apenas o INSS terá responsabilidade pelo fato;
3. não haverá obrigação de qualquer deles. Facultamos à hipótese primeira, em se havendo culpa por parte do empregador é claro. Na segunda, inexistindo negligência patronal. A terceira, quando além de não haver culpa, também não for devida a prestação de benefício (p.ex: ato fraudulento do empregado).

Ao que se refere às responsabilidades estanques sob os aspectos autônomos, não havendo influência ou compensação de quantias pagas. Daí o entendimento, da não licitude ao empregador em abater da indenização que deve ao empregado

entre os profissionais respectivos".

20 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 92.

21 RE 238.737 -4-SP, Ac. 1ª T., j. 17–11-98, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, in LTr 62-12/162.

22 Cf. ob. cit. MARTINS, p. 119.

23 Cf. ob. cit. MARTINS, p. 395.

24 Cf. ob. cit. MARTINS, p. 395.

pelo infortúnio ocorrido o montante recebido por este dos órgãos de Previdência.

Melhor explicitando dizemos: a indenização por responsabilidade civil a cargo da pessoa jurídica ou empresa individual é cumulável com o recebimento de benefício (s) previdenciário (s) pagos ao obreiro.

Neste sentido a jurisprudência é pacífica:

Superior Tribunal de Justiça[25]

> "Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Indenização. Acidente do trabalho. 1. O Acórdão recorrido está devidamente fundamentado, no sentido de que a culpa no trágico acidente foi exclusivamente da ora recorrente, estando, também, caracterizados os danos, inclusive morais, sofridos pela vítima, sendo o valor da pensão fixado com base nos elementos de prova constantes dos autos. Não há como ultrapassar os fundamentos do Acórdão sem adentrar o exame de matéria probatória, o que não se admite em sede de recurso especial. Inevitável a aplicação da Súmula nº 07/STJ. 2. Cabível é a cumulação da indenização do direito comum com o benefício previdenciário, sendo o pagamento da indenização devido desde a data do evento danoso. 3. A indenização por dano moral não exige a ocorrência de dolo no evento danoso. 4. Dissídio jurisprudencial afastado, em face da incidência da Súmula nº 83/STJ. 5. Agravo regimental improvido."

Na busca de um melhor entendimento sobre as respectivas responsabilidades, mostrando suas diferenças, faremos uma análise.

Obrigadas estarão as empresas individuais ou pessoas jurídicas, conforme demonstraremos a seguir, à reparação ao obreiro em relação ao dano derivado de acidente do trabalho se restar evidenciada sua negligência no cumprimento das disposições de proteção ao trabalho. Diferentemente, no entanto não ocorre o fato sob a responsabilidade estatal a cargo do INSS, que é obrigado à prestação do benefício cabível na espécie, que embora o acidente não decorra de culpa de qualquer pessoa, ou mesmo de culpa decorrente do trabalhador segurado.

Melhor dizendo: a responsabilidade do empregador é de natureza subjetiva (depende de prova de culpa), enquanto que a responsabilidade do INSS é de natureza objetiva (independentemente de culpa).

Pois, responsabilização por parte do empregador, requer a abrangência à indenização por aquilo que o trabalhador perdeu com o acidente (dano emergente), assim como por aquilo que deixou de ganhar (lucro cessante), mais outras verbas (danos morais, estéticos, etc), não se fazendo referência a qualquer teto ou limite para seu valor, salvo o montante do dano sofrido.

Ao INSS, não cabe prestar ao obreiro, pagamento de indenização referente à reparação de danos, mas sim um benefício acidentário (auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez, etc) benefício este que não visa à manutenção do padrão remuneratório percebido pelo trabalhador, porém, garantidor de mínimo de sobrevivência digna, tendo assim o seu valor limitado a patamares definidos na legislação.

Podemos dizer, que a indenização devida pela empresa não pressupõe incapacidade do obreiro, mas sim a comprovação do dano por ele sofrido, o que é conceitualmente distinto. Já o pagamento de benefício previdenciário pressupõe a incapacitação do trabalhador.

Vale ressaltar, que a este é passível de se pleitear através de reclamação distintas em juízo por parte do trabalhador, ainda de diferenças de menor monta que lhe é de direito. (ação de indenização contra a empresa e ação acidentária contra o INSS), onde podemos citar a legislação no seu respectivo artigo 927, do Código Civil[26] , parágrafo único que diz: "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Também em seu artigo 950, do mesmo diploma, "se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessante até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu".

Para que melhor possamos entender e poder fixar a responsabilidade por determinado acidente, observaremos um exemplo concreto: acreditemos um empregado depois de saída de seu local de trabalho se dirigindo a seu automóvel venha a se acidentar no trânsito, no trajeto do trabalho para sua casa, daí resultando lesão corporal incapacitante.

Trata-se de claro acidente de trabalho (acidente de trajeto ou in itinere). Responderá por ele o INSS? E o empregador?

Indiscutivelmente, o órgão previdenciário (INSS) estará obrigado à prestação de benefícios ou serviços, uma vez que sua responsabilidade independe da perquirição de culpa. Ainda que a culpa pelo acidente referido seja atribuível ao trabalhador (culpa exclusiva da vítima) haverá a obrigação mencionada.

Direito administrativo, onde a administração pública reside ao controle exercido pelos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer ela mesma, o controle sobre os próprios atos, quando exerçam funções tipicamente administrativa em sentido estrito ou amplo dentro dos princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, motivação, impessoalidade; a partir de situações que abrangem o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa. Neste controle, que embora seja de função estatal, o administrado participa provocando o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também do coletivo. Outorgado assim a este particular, através de instrumentos de ação a serem utilizados para esta

25 RELATOR: MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO FONTE: DJ DATA: 31/05/1999 PG: 00148 ACÓRDÃO: AGA 213226/PR (199800868291) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO DATA DA DECISÃ: 20/04/1999 ÓRGÃO JULGADOR: - TERCEIRA TURMA

26 Código Civil 2002.

finalidade, pela Constituição. Provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o popular.

Foi na Emenda Constitucional de nº 19/98[27] , inserido o §3º no artigo 37 a previsão de lei que discipline as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliações periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII; III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Estes atos administrativos podem e devem ser contestados em caso de abuso, pelo Ministério Público e qualquer outro órgão de defesa do usuário de serviços públicos em conformidade ao que dispõe o artigo 129 da Constituição Federal. O controle do poder-dever dos órgãos aos quais a lei atribui função precípua à finalidade corretiva; não poderá renunciar nem retardar, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu. Pois, abrange este a fiscalização e a correção dos atos ilegais, e, em certa medida, dos inconvenientes ou inoportunos.

Baseado em fornecimentos destes elementos, poder-se-á, definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela, exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, tendo por objetivo final, garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, e que coaduna ao aqui exposto Di Pietro (2008)[28] .

Demonstrando de forma contundente, as implicações decorrentes deste processo de retorno do trabalhador no mercado de trabalhado, e que ainda podemos ressaltar, sobre as questões de assédio moral sofrida por estes profissionais em seus locais de trabalho, ficando alijado dos processos de promoção de qualquer natureza, provenientes de suas chefias, e mais ainda sendo discriminado pelos próprios companheiros de atividades, que tecem comentário inapropriados pelo fato das suas capacidades de atuação nas atividades laborais estarem restritas a determinados locais, e não mais poder se expor por questões de segurança e preservação da integridade física.

A Reabilitação e Readaptação profissional têm por finalidade, como tema de estudo escolhido, a apresentação de aspectos próprios vivenciados pelo autor, de colegas e até mesmo de amigos, decorrentes do trabalho, fazendo um breve paralelo entre órgão governamental, empresa e trabalhadores, que em determinados momentos desta trazem discussões recheadas de antagonismo.

4. Reabilitação e Readaptação

A pesquisa também visa demonstrar em função de dados estatísticos relacionados a acidentes em função do trabalhador que decorrem em se fazer ou adotar a Reabilitação e Readaptação Profissional, reinserindo este ao mercado de trabalho, ou em determinado momento por desinteresse ou dificuldades apresentadas pelas empresas que alegam não haver local ou funções disponíveis dentro das suas estruturas para absorver estes profissionais, acarretando assim sob estes aspectos, em processo de aposentadoria antecipada, abordando generalidades de desenvolvimento estruturado da temática.

As estruturas das generalidades abordadas serão realizadas através de conceitos, demonstrando categoricamente o efetivo resultado nas suas causas e efeitos.

A evolução deste Projeto de Pesquisa apontar-se-á, para aspectos jurídicos – previdenciários e trabalhistas, abordados em processos judiciais como Ação de Pedido de Indenização por lesão causada no âmbito do trabalho, onde figuram no pólo ativo um dos autores, e no pólo passivo destas ações a Petrobrás e o INSS. Ações estas, que tem o cunho indenizatório pelo fato de se ter que reparar pelo dano causado ao trabalhador, pela perda de algum membro ou lesão de algum órgão vital; isto com base na legislação vigente, estendendo-se também para uma cobrança por parte do trabalhador, de dano moral, nos moldes pelos quais explicitaremos de forma mais aprofundada nas bases definidas na legislação, sob aspectos de noções de culpa e responsabilidade civil, e previdenciária, discorrendo sobre definições de culpa, na literatura jurídica; e que define Lima, citado por Takahashi,nos seguintes termos[29] :

> A noção de responsabilidade civil refere-se à de reparação de danos e, sob influência inicial do Direito Romano e, logo em seguida, do Código Civil francês, proclamou como seu "fundamento [...] a culpa efetiva e provada" (pág 28). Após discorrer sobre as diversas definições de culpa, na literatura jurídica, Lima a define nos seguintes termos:
> "Culpa é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato".

A seguir, apresenta-se breve histórico da atribuição de causa na literatura de acidentes. Logo depois, cita-se, com breve descrição, a investigação recomendada e, aspecto da prevenção de acidente ou de medida de prevenção recomendada a partir de análise realizada em chão de fábrica. Ao longo de todo o processo, priorizam-se as práticas mais difundidas no país e/ou nas empresas estudadas, segundo corrobora Almeida[30] . Pois o Auxílio – Acidentário é benefício de caráter vitalício, decorrente do retorno do empregado com recomendações de mudanças de atividade quando a antiga já

27 Emenda Constitucional nº 19/98, de 04 de junho de 1998.

28 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo.* 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

29 TAKAHASHI, Maria Alice B.C; CANESQUI, Ana Maria. Pesquisa avaliativa em reabilitação: a efetividade de um serviço em desenvolvimento. *Caderno Saúde Pública,* Rio de Janeiro, v. 19, n. 5, set/out. 2003. Disponível em: http://www.scielop.og/cielo.php?pid=S0102-31X200300500026&scrit=sci_attezt&tlng=es. Acesso em: 16 mai.2010.

30 Cf. ob. cit. ALMEIDA, p. 3.

não lhe permite mais ser exercida sendo o seu benefício de código (B91), que deverá ser alterado para (B94), benefício que é concedido a título de indenização ao empregado quando da cessação do auxílio – doença. "exceto, a concessão deste benefício apenas aos empregados domésticos, ao trabalhador avulso e ao segurado especial, quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza resultar em seqüela definitiva"[31]. O que define a geração do direito; à mencionada indenização, é a seqüela, que deverá implicar em redução da capacidade para o trabalho habitualmente realizado, exigência de maior esforço para o desempenho da mesma atividade exercida à época do acidente ou impossibilidade deste desempenho da atividade que exercia a época do acidente[32] .

5. Ações Regressivas Acidentárias Forma De Atuação Do Órgão Estatal

As questões, que permeiam o cenário nacional em matéria de acidentes de trabalho e os gastos previdenciários com as respectivas prestações sociais acidentárias (benefícios + serviços) bastantes significativos e alarmantes, que conforme o anuário estatístico do ano de 2007, quantifica 503890 acidentes do trabalho no Brasil. Estes decorrem de causas de negligência das empresas, no cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalho.

Com base nestes fatores, a Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos da Procuradoria-Geral Federal, sabedora da relevância social do tema, estabeleceu que as ações regressivas acidentárias devem ser acompanhadas de forma prioritária por todas as unidades da PGF, nos termos da Portaria CGCOB nº 03, de 27 de agosto de 2008.

Para poder atuar nas ações regressivas acidentárias, foi a Procuradoria-Geral Federal – PGF, criada através da Lei nº 10.480 de 02 de julho de 2002, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, a quem compete a representação judicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, bem como a apuração de liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

Fica através da Lei 11.098, de 13 de janeiro de 2005 conferido às Procuradorias Regionais Federais, às Procuradorias Federais nos Estados e às Procuradorias Seccionais Federais a possibilidade de centralizar as atividades de cobrança e recuperação de créditos e as atividades de consultoria e assessoramento jurídico delas derivadas, também prescrevendo apoio técnico, financeiro e administrativo das entidades representadas à PGF, até o final de sua implantação.

Fica também estabelecido pela Lei 11.457, de 16 de março de 2007, o prazo de vinte e quatro meses, prorrogado até 31 de dezembro de 2007 pela Lei nº 11.531, de 24 de outubro de 2007, para assunção gradual e de forma centralizada pela PGF da execução da dívida ativa das autarquias r fundações públicas federais. E garantindo efetividade à centralização, o Decreto nº 6.119, de 25 de maio de 2007 promoveu a reestruturação da PGF e atribuiu ao Advogado-Geral da União a edição de atos dispondo sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Procuradoria-Geral Federal relativos à centralização da dívida ativa das autarquias e fundações públicas federais. Esta centralização de dívida ativa destas entidades autárquicas e fundacionais federais tem observância maior de unificação das estruturas e recursos humanos no âmbito da PGF, dentro de uma macro ação destinada à cobrança e recuperação de todos os créditos da autarquias e fundações públicas federais.

Requer todo este processo, e que é de fundamental importância uma Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos – CGCOB, que atua através do que lhe foi conferido no Decreto nº 6.119/2007, o Advogado-Geral da União que editou o Ato Regimental nº 2, de 12 de junho de 2007, papel relevante na recuperação de créditos das autarquias e fundações públicas federais, e que a ela também é conferido o papel de definir, planejar e orientar aa atividades de acompanhamento de ações prioritárias relacionadas com cobrança e recuperação de créditos das autarquias e fundações públicas federais não inscritas em dívida ativa, bem como a responsabilização de terceiros por prejuízos causados a essas entidades e promover a uniformização e melhoria das ações empreendidas em juízo relacionadas à cobrança e à recuperação de créditos.

Porém, dentro de toda esta estrutura montada que visa por parte do órgão estatal o ressarcimento de créditos pagos em decorrência de ações movidas pelo trabalhador acidentado, Compete à DIGEAP – Divisão de Gerenciamento de Ações Prioritárias, nos termos do artigo 1º, inciso II da Portaria CGCOB nº 3, de 27 de agosto de 2008, as ações regressivas acidentárias consideradas prioritárias e estão sujeitas à preparação, ajuizamento e acompanhamento em caráter prioritário pelos órgãos de execução da PGF.

Desenvolvido assim, todo o mecanismo a que concerne o propósito a feito da estrutura montada com o real objetivo do ressarcimento do dano causado ao erário em decorrência das indenizações acidentárias pagas pelo gestor público ao trabalhador acidentado, poderemos então adentrar na questão que irá validar de forma eficiente e eficaz, todo este desenrolar que é; através das Ações Regressivas Acidentárias, concentrando-a e demonstrando a sua fundamentação legal.

As Ações Regressivas Acidentárias são conceitualmente definidas como instrumento pelo qual o Instituto Nacional do Seguro Social busca o ressarcimento dos valores despendidos com prestações acidentárias, nos casos de culpa das empresas quanto ao cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalhador.

Este dispositivo de fundamentação legal, podemos encontrar disposto no artigo 120 da Lei 8213/91, estabelecendo que:

31 MARTINEZ, Luciano. Auxílio – Acidente é benefício de caráter vitalício. *A Tarde*, Salvador, 12 nov. 2006. Empregos & Negócios, p.2.
32 Cf. ob. cit. MARTINEZ, P.2.

"Nos casos de negligência quanto as normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicado para proteção individual coletiva, a Previdência Social, proporá ação regressiva contra os responsáveis".

No entanto, para o atingir este objetivo suscitado e ratificado através do dispositivo legal timbrado no artigo 120 da Lei 8213/91, se faz necessário a busca de pressupostos que dependem da concorrência dos seguintes pontos:

Pressupostos:

a) o acidente do trabalho sofrido por segurado do INSS;
b) o implemento de alguma prestação social acidentária, e
c) a culpa do empregador quanto ao cumprimento e fiscalização das normas de segurança e saúde do trabalho.

Na letra = a) Conforme dispõe em sua definição de aplicabilidade, os artigos 19 e 20 da Lei 8213/91, é ocorrido no exercício do trabalho a serviço da empresa como por ex: (queda de nível (andaíme), choque elétrico, asfixia por produtos químico, etc), bem como a doença ocupacional produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade (ex: doença, adquirida por operador de Raio – X, silicose, etc) ou em função de condições especiais em que o trabalho é realizado (ex: LER/DORT, perda auditiva induzida pelo ruído – PAIR, etc).

Na letra = b) A dita pretensão quanto ao ressarcimento ao gestor público, em particular o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, advém da concessão de uma prestação social acidentário que se efetiva com o pagamento do benefício previdenciário, onde ocorre o dano aos cofres públicos; lhe dando assim o respaldo necessário para ingressar no judiciário com a propositura de uma ação regressiva contra o empregador em comprovada culpa deste.

Para tanto, define a Lei 8213/91, critérios para a concessão de benefício acidentário ao segurado vítima de acidente de trabalho, que prevê aposentadoria por invalidez e auxílio doença no casos de invalidez total e permanente ou incapacidade temporário para o trabalho, isto respectivamente. Nos casos em que venham a ocorrer vítima fatal de qualquer segurado, conceder-se-á pensão por morte aos dependentes.

No bojo desta lei, existe a previsão legal de concessão de benefício de auxílio-acidente para os acidentes de qualquer natureza, quando as lesões decorrentes destes acidentes, já estiverem consolidadas, resultando desta forma na redução da capacidade laborativa do segurado.

Vale salientar, que não apenas se considera prestação social acidentária, a de cunho pecuniário; pois dentre esta estão às dos serviços de reabilitação profissional, que por sua vez proporciona ao segurado adaptação social, e profissional com fornecimento de aparelhos de prótese e órtese, custeamento de transportes para tratamento e outros.

Na letra = c) Nas questões que envolverem às prestações de auxílio acidentários, onde por qualquer das circunstâncias, venha o gestor público por ventura, em função da concessão do benefício querer pleitear o ressarcimento das prestações sociais de caráter pecuniária, vencidas e vincendas, não poderá pleiteá-la apenas em decorrência da concessão das normas; mas, será necessário a apreciação de outros requisitos e a comprovação da culpabilidade do empregador nesta questão, sobre os aspectos da segurança e saúde do trabalho, no que tange a proteção individual e coletiva; tudo isto fundamentado em elementos que comprovem e ou demonstrem a culpa da empresa quanto ao cumprimento e fiscalização das normas padrão de segurança e saúde do trabalho.

Portanto, basta apenas a comprovação dos elementos probatórios carreados nos procedimentos de instrução prévia, ainda que tão somente apresente ausência de fiscalização, servirão para formar convicção ao Procurador oficiante , quanto à culpa da empresa sobre o infortúnio laboral.

Isto posto, quantos requisitos necessários à Administração Pública que lhe dêem respaldo satisfatórios para que possa através do órgão Especializado buscar o ressarcimento do dano sofrido por conta da prestação social acidentária concedida ao trabalhador acidentado, salientamos aí, os reais objetivos imediatos, da recuperação destes gastos sobre a razão da eficácia prospectiva definida no pedido de ressarcimento das prestações vencidas e vincendas, com o objetivo mediato a concretização das políticas públicas de prevenção de acidentes, com a criação de uma consciência preventiva para se evitar danos pessoais aos trabalhadores, definido assim, sob dois aspectos.

a) Com a recuperação dos gastos com as prestações sociais acidentárias, pelo Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, pelas Ações Regressivas, protegendo-se aí, a integridade econômica e atuarial do fundo previdenciário destinado a execução das Políticas do Regime Geral e Previdência Social.
b) A prevenção dos futuros acidentes do trabalho, objetivo mediato das Ações Regressivas Acidentárias, com o caráter pedagógico consistente na percepção de que a prevenção torna-se muito menos dispendioso do que uma eventual condenação de ressarcimento. É o que se espera do meio empresarial.

Esclarecida toda a finalidade a que se propõe o Órgão Público; Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com as Ações Regressivas Acidentárias podemos com informações precisas por meio da elaboração deste trabalho científico, dizer que existe na fase pré-processual instrutória de como atuar na busca deste ressarcimento, e seguido todo este procedimento através da cartilha elaborada em 2009 pela AGU, descrevendo todas etapas a serem seguidas pelo então Procurador oficiante, que buscarem com eficácia este retorno de benefícios concedidos a título de indenizações acidentárias.

Esta fase pré-processual, esta descrita através da instrução prévia às Ações Regressivas Acidentárias, e é dito que o Procurador deverá adotar algumas diligências administrativas, a título de instrução prévia, com o fim de identificar a ocorrência de pressupostos fáticos da pretensão ressarcitória conforme descrito na previsão legal do art. 120 da Lei 8.213/91. E o art. 2º da OIC, 01/09, define essa fase instrutória da seguinte forma

descrita na cartilha;

> Art. 2º Por instrução prévia compreendem-se as atividades de identificação de acidentes de trabalho, de benefícios acidentários concedidos pelo INSS e respectivos valores, bem assim a obtenção de prova de negligência da empresa quanto ao cumprimento das normas padrão de segurança e medicina do trabalho.

Em conformidade com o que está escrito na cartilha da AGU, as atividades instrutórias estão materializadas no âmbito de um procedimento de instrução prévia – PIP, o qual deve receber tramitação prioritária nos termos do artigo 3º da Portaria nº 3/2008 da CGCOB e do art. 4º da OIC 01/09.

Conceitua-se este PIP, como sendo o expediente administrativo instaurado no âmbito da PGF, cuja finalidade é identificar a ocorrência dos pressupostos fáticos necessários que viabilizam o ajuizamento da Ação Regressiva Acidentária prevista no artigo 120 da Lei 8.213/91, isto descrito nas suas três fases distintas da fase pré-processual que são: Instauração, Instrução e conclusão.

Estabelecidas todas às nuances decorrentes do desejo do Gestor Público; em particular o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, em buscar o ressarcimento ao erário pelas prestações sociais acidentárias concedidas, podemos então em conformidade com a Cartilha 2009 elaborada pela AGU, descrever, todo o desenvolvimento realizado na fase processual, pontuando e ou pormenorizando os procedimentos.

5.1 - Da petição de cumprimento da Sentença.

Após o trânsito em julgado, deverá ser feito pedido de cumprimento da sentença, através de petição instruída com a memória discriminada e atualizada do cálculo das prestações que o INSS tiver pago até a data do pedido de cumprimento.

No caso de não haver sido ordenada a constituição de capital, poderá ser requerida, na petição de cumprimento da sentença, medida cautelar de caução para garantia da satisfação das despesas, mediante fiança bancária ou garantia real, conforme modelos disponíveis nas teses de defesa mínima.

5.2 - Do pagamento

O valor apurado em liquidação deverá ser recolhido por meio de GPS, com o código 9601, se pessoa jurídica e código 9610, se pessoa física. O acompanhamento dos recolhimentos será feito semestralmente mediante abertura de tarefa no SICAL, de acordo com as orientações expedidas pela CGCOB.

6. Considerações finais

Acredita-se que, os problemas gerados em função do processo de reinserção do trabalhador no mercado de trabalho com relação à reabilitação e readaptação profissional, de uma certa forma, trazem como conseqüência, muito desconforto para aquele trabalhador que se insere nesta sistemática de preparação que visa o reaproveitamento do profissional visto pela previdência social como uma mão de obra ainda útil e em condições de desenvolver vida laboral ativa, ao que ratifica o resumo de pesquisa avaliativa em reabilitação profissional:

> A efetividade de um serviço em desconstrução, que aborda resultados de um modelo assistencial inovado no período de 1995 a 1997, para adoecidos por LER/DORT, desenvolvido no Centro de Reabilitação Profissional de Campinas do Instituto Nacional de Seguro Social. Com dois objetivos postos: o de reconstruir o programa como precondição da avaliação e o de avaliar a efetividade do modelo assistencial adotado, quanto ao objetivo de resgatar a autonomia dos adoecidos [33].

Podemos também através de dados estatísticos coletados de Órgão do Centro Estadual de Referência de Saúde do Trabalhador (Cesat), que mostram através destes dados que nos são apresentados e de grande relevância e que confirmam e respaldam a proposta que por ora apresentamos os problemas mais incidentes com relação às lesões sofridas pelo trabalhador por esforços repetitivos (LER ou DORT, com 57,1%) e as doenças na coluna lombar (20,3%). Este centro, ainda mais precisamente nos apresenta diagnósticos de acidentes de trabalho, fazendo menção às dores nas costas (17,3%) e os ferimentos (13,2%) e fraturas no punho e ou na mão (6,3%) sendo estes os campeões[34] . Decorrentes dessa problemática apresentada neste estudo científico, é que buscamos demonstrar as implicações advindas do processo de reinserção do trabalhador no mercado de trabalho com relação à reabilitação e readaptação profissional.

À reabilitação e readaptação profissional tem por finalidade, sob a ótica do órgão governamental, a manutenção do profissional que sofreu acidente no decorrer da atividade laboral no mercado de trabalho, logo após passar por um processo de avaliação profissional com acompanhamento de um orientador que ao final deste período, concluirá com base em relatórios emitidos quando requer o caso pela empresa que disponibiliza um local para que este empregado permaneça por um período determinado de treinamento, dando assim ao final alta ao mesmo, fazendo-o voltar apto para desempenhar outra função ou ainda na mesma função como foi o caso do autor deste estudo, com restrição de atividade, onde a preocupação sobre estes aspectos, questões de toda ordem, e que do ponto de vista da atividade, quer do ponto de vista econômico, ou do crescimento na função atual desempenhada pelo trabalhador reabilitado e readaptado, sofrem, em função, de acidente de trabalho ocorrido em sua vida laboral, e isto nos faz repensar sobre de que forma poderemos então trazer a tona várias nuances para que então possamos se não erradicarmos, então diminuirmos às formas negativas de atuação do sistema em que se trás de volta estes trabalhadores recuperados, do ponto de vista da saúde ocupacional ao mercado de trabalho. Para tanto, deverá o órgão governamental, tanto quanto o empregador, se preocuparem com a saúde do colaborador, pois em não tendo os devidos cuidados na fiscalização e observação do

33 Cf. ob. cit. TAKAHASHI, p.

34 LOPO, Joana. LER e dores na coluna estão no topo das reclamações. *A Tarde*, Salvador, 1º mai. 2010. caderno 1, p. A10.

cumprimento das normas de segurança e saúde do trabalho e o trabalhador vier a sofrer algum acidente de qualquer natureza, e, em decorrência deste venha o Órgão de Seguro Social arcar com prestações sociais acidentárias, estarão estes sujeitos a sofrerem Ações Regressivas Acidentárias, para ressarcimento ao erário pelo dano causado.

Para finalizar, o estudo realizado tem um panorama da visão do processo de Reinserção do trabalhador em função da Reabilitação e Readaptação Profissional no Mercado de Trabalho, isto em decorrência de acidente de trabalho mostrando as implicações advindas deste processo, vantagens e desvantagens sobre os aspectos do ponto de vista econômico, crescimento e reconhecimento profissional, psicológico e social, com uma melhor qualidade de trabalho sob o aspecto geral, e mais o ressarcimento ao erário pelo dano causado pelos benefícios acidentários concedidos por culpabilidade do empregador se comprovado.

7. Referências

ALMEIDA, Ildeberto Muniz. *Construindo a culpa e evitando a prevenção*: caminhos da investigação de acidentes do trabalho em empresas de município de porte médio, 2001. – f. Tese (Doutorado em saúde ambiental) – Faculdade de Saúde Pública – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2001.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Cartilha de atuação nas ações regressivas acidentárias*. Brasília: AGU, 2009.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo.* 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa.* Coord. Marina Baird Ferreira. 3.ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONZAGA, Paulo. *Perícia médica da previdência social.* 4. ed. São Paulo: Ltr, 2006.

LOPO, Joana. LER e dores na coluna estão no topo das reclamações. *A Tarde*, Salvador, 1º mai. 2010. caderno 1, p. A10.

MARTINEZ, Luciano. Auxílio – Acidente é benefício de caráter vitalício. *A Tarde,* Salvador, 12 nov. 2006. Empregos & Negócios, p.2.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Dano moral no direito previdenciário.* São Paulo: Ltr, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito da seguridade social.* 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito processual do trabalho:* doutrina e prática forense. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MICHAELIS: *pequeno dicionário da língua portuguesa* – São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998. – (Dicionário Michaelis)

MORAES, Gláucia T.Bardi de; PILATTI, Luiz Alberto; KOVALESKI, João Luiz. *Acidentes de trabalho:* fatores e influências comportamentais. XXV Encontro Nac. de Eng. De produção. Porto Alegre, RS, 29 out a 01 de nov de 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TAKAHASHI, Maria Alice B.C; CANESQUI, Ana Maria. Pesquisa avaliativa em reabilitação: a efetividade de um serviço em desenvolvimento. *Caderno Saúde Pública,* Rio de Janeiro, v. 19, n. 5, set/out. 2003. Disponível em: http://www.scielop.og/cielo.php?pid=S0102-31X200300500026&scrit=sci_attezt&tlng=es. Acesso em: 16 mai.2010.

SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS: Os Direitos dos Usuários do Sistema de Transporte de Passageiros e a Responsabilidade Jurídica dos Prestadores

Michell Rocha

SUMÁRIO: Prólogo. – 1. Preliminares – 1.1 Transporte Coletivo – 1.2 Definição e Conceituação – 1.3 Funcionamento Geral do Sistema – 1.4 Problemas Sociais – 2. Fundamentos Jurídicos – 2.1 Concepção do Sistema – 2.2 Ordenamento Jurídico – 3. *Per Sensvs, in Intellegentia Meritv* – 3.1 *In Finale Conclvsio* – Referências

PRÓLOGO

O Transporte Coletivo de Passageiros no Brasil, tem sido alvo constante de insurgências criminosas, assaltos, roubos, e até seqüestros, como forma do acesso de criminosos à fontes de financiamento das suas atividades.

O Estado, imbuído de impor a ordem por via coercitiva, implementa diversas ações, mas ainda os altos níveis de ocorrências registradas, criam um clima de temor, e terror ameaçador, entre os passageiros, que estão cada dia mais sujeitos à estas ocorrências.

De outro lado, as empresas concessionárias do serviço de transporte coletivo de passageiros, criam diversos artifícios jurídicos para se eximirem de qualquer responsabilidade. Tal atitude, contribui para o aumento do descaso de como se trata o passageiro e o serviço prestado, não atentando para a necessidade da sua qualificação.

A problemática social é uma questão de solução a longo prazo, em verdade, mas uma atitude pró-ativa originada pelas empresas transportadoras, é o vetor necessário para impulsionar a diminuição das ocorrências criminosas, onde pelo meio da responsabilização destas empresas, atingir-se-á o que se pretende.

Ademais, estas mesmas empresas, apesar de estarem obrigadas a evoluir a qualidade do serviço, não se movimentam em favor de qualquer ação ou atividade para produzir este resultado.

Neste ciclo vicioso, encontra-se o consumidor, e este possui direitos cíveis e consumeristas que devem ser respeitados.

Vox in Excelsvm[1] .

1. PRELIMINARES

1.1 Transporte Coletivo

Sair de um pólo e chegar a um horizonte, sempre se constituiu uma necessidade do gênero humano. Este Direito Natural constitui premissa das mais básicas do Ser Humano.

Nas Hordas, agrupamentos humanos sem território fixo, esta atividade do se deslocar de uma localidade para outra, constituía sua técnica de sobrevivência. Uma vez exauridos os recursos de determinada localidade, iriam explorar os recursos de outra. Desde aquela época, a questão do transporte já se fazia importante, pois deslocar seus pertences exigia grande emprego de esforço.

Nas Sociedades Naturais, a atividade de deslocar o agrupamento não se faz mais necessário, sendo então importante o deslocamento do partícipe desta sociedade para outras localidades, e assim realizar seus intentos de forma a cumprir seus objetivos.

O Ser Humano, então, utiliza-se do transporte através de animais, principalmente o cavalo, o qual reúne características próprias para a montaria e a facilidade de deslocamento, inclusive proporcionando maior velocidade para cumprir o percurso. Mais tarde, são construídas carruagens, veículo com rodas acoplados à tração animal, precipuamente do eqüino, onde se permite o transporte de vários passageiros.

O cavalo, então valorado, passa a constituir patrimônio que não está acessível à todos, restringindo o acesso a este bem àqueles cujas posses podem financiá-lo.

No intuito de suprir a deficiência do deslocamento em logas distâncias, a Nação Francesa, em 1662, inova no campo da promoção do direito de locomoção dos seus cidadãos.

Nesta época, Luis XIV permite a licença para exploração de cinco rotas de carruagens, sendo quatro com término em Luxemburgo, e uma rota circular por Paris conhecida como *Tour de Paris.* Tal fato vai culminar na fundação da primeira empresa de transporte de passageiros, e nos primeiros princípios do transporte coletivo de passageiros. Entrementes, delega a Blaise Pascal que ordene os critérios para a efetivação deste serviço, onde regulamenta:

> as carruagens devem seguir o mesmo itinerário;
> as rotas são fixas;
> as saídas obedeciam horários regulares e fixos, partindo dos seus terminais nos bairros, mesmo sem passageiros;
> cada ocupante pagava apenas por seu lugar, independentemente de quanto lugares ocupados nos carros;
> a rota ao redor de Paris é dividida em cinco setores, a tarifa de cinco centavos permitiria cruzar apenas para mais um setor; além disso, deveria ser paga uma nova tarifa;
> a fim de evitar eventuais atrasos, não é aceito ouro como pagamento.
> (AMTUIR MUSÉE DES TRANSPORTS, 2010)

Este serviço perdura até 1677, quando o Parlamento Francês institui que somente *pessoas de condições* devem usar o sistema, restringindo o acesso a *soldados, lacaios e pessoas em armas*. A tarifa é aumentada para $0,06 (seis centavos), implicando na impopularidade do serviço e sua extinção gradual.

A temática volta à tela em 1825, com a invenção do ônibus pelo Coronel Stanislas Baudry, em *Nantes* (França). O conceito de transporte coletivo é revisto, mas seguidos os princípios de Pascal, característica que pode ser verificada no ordenamento atual. O sucesso é absoluto, o Cel. Baudry resolve concentrar seus investimentos em uma empresa de transporte urbano coletivo.

1 (latim clássico) vulgata: *vox in excelsum, vox* alta elevada.

A nomenclatura ônibus, surge por popularismo, nas Américas. Aconteceu existir uma das paradas defronte à chapelaria chamada *Omnes*[2] , que tem seu significado em *para todos.* A partir de então, os usuários passaram a dizer que estavam a *tomar o omnibus*.

Baudry, em 1828 funda em *Paris* a empresa *Enterprise Générale des Omnibus*, para explorar o serviço de transporte coletivo nesta cidade. Em seguida, empreendimentos similares são criados, expandindo o serviço para as cidades de *Lyon e Bordèus.*

Abraham Brower em 1827, estabelece a primeira rota de transporte coletivo na cidade de *Nova York*, configurado este como sendo uma diligência com doze assentos, nominado *Accommodation.* Em 1831 *Brower* acrescenta a denominação de *Sociável* e *Omnibus.*

Na mesma época, George Schillibeer, implanta o sistema de transporte urbano de passageiros na cidade de Londres (Inglaterra, Reino Unido), e neste inevitável processo de expansão, este tipo de empreendimento alcança as principais cidades da Europa, e demais partes do mundo.

O ônibus foi a primeira modalidade de veículo a servir o transporte coletivo de passageiros. Sua inicial concepção era a tração eqüina, percebido tal engenho por Norte-Americanos em Portugal, onde evolui para o sistema de bondes, colimando no atual estágio de desenvolvimento do veículo automotor sobre rodas.

Hodiernamente, o ônibus é o principal veículo a servir como meio de transporte coletivo de passageiros.

1.2 Definição e Conceituação

Transporte Coletivo de Passageiros, é o serviço ofertado pelo Estado, para que a população tenha a capacidade ou alternativa à locomoção, podendo este ser executado por empreendimentos de direito privado, através de licença ou concessão pública.

As modalidades de transporte ocorrem por:

Avião, veículo que navega no ar, cujas asas são fixas, utilizado principalmente para o transporte onde se deseja vencer grandes distâncias em dado período de tempo, e/ou a conjunção destas duas variáveis;

Balsas e/ou *Ferry Boats*[3] , geralmente empregadas na travessia de pontos distantes separados por uma porção de água, muito comum para o deslocamento sobre lagos e/ou baías;

Bonde Elétrico, veículo terrestre em vagão não articulado que se movimenta sobre trilhos não elétricos, que se utiliza de eletricidade para se locomover, muito comum em algumas localidades da Ásia, mas que possui o incoveniente da limitação de seu deslocamento;

Elevador, veículo utilizado para deslocamento vertical por meio de polias, principalmente quando as condições da área a ser percorrida possui pequeno espaço horizontal, mas está disposta entre dois patamares de alturas diferentes;

Escadas Rolantes, ou *Esteiras Rolantes*, variância de elevador, empregados geralmente para deslocamento em curtas distâncias, muito utilizado em construções comerciais para a locomoção de um andar a outro, ou, em área comercial ou industrial, cujo deslocamento deve ser horizontal ou oblíquo, de forma a seguir tal itinerário previamente determinado (especialmente no caso das Esteiras Rolantes);

Helicóptero, veículo que navega no ar, possui asas rotativas, utilizado principalmente nas grandes capitais, onde o objetivo é superar as dificuldades do trânsito em pouco período de tempo, ou por caso específico, realizar o transporte a pontos que possuem difícil acesso horizontalizado;

Metrô, nomenclatura abreviada de Transporte Metropolitano, onde se perfaz através de veículo em vagões articulados, em superfície ou no subsolo, sobre trilhos eletrificados, e se utiliza desta energia como sua força motriz, indicado para o transporte de massa;

Ônibus, veículo sobre rodas, pode possuir uma única cabine não articulada, ou duas ou mais cabines articuladas, percorre rotas pré-definidas, possui facilidade de deslocamento lateral, sua aplicação é das mais variadas tanto para deslocamentos em bairros e até internacionais;

Plano Inclinado, espécie de elevador, que se desloca de forma oblíqua, onde a distância a ser percorrida possui inclinação, onde não se apropria a utilização do Elevador;

Táxi, automóvel que se destina ao uso comercial, em vistas a promover maior agilidade e conforto no deslocamento do/s passageiro/s, seu destino é designado pelo usuário, dando liberdade tanto ao usuário quanto ao condutor em determinar o itinerário;

Trem, veículo sobre trilhos não eletrificados, onde pode se utilizar das mais diversas formas de energia como força motriz, possui diversas cabines articuladas, podendo seu uso ser aplicado para o transporte urbano como inter-urbano.

Mesmo observada a variedade da engenharia empregada para se transpor a distância, mantém-se o mesmo objeto: o transporte de pessoas de um pólo para um horizonte.

Cabe unicamente ao transportado escolher a variação mais apropriada para o cumprimento da sua necessidade. Seja esta forma utilizada por meios mais rápidos, mais confortáveis, ou por determinação de outros fatores a escolha do transporte de massa, o indivíduo exerce seu direito em saciar sua necessidade.

1.3 Funcionamento Geral do Sistema

Existem dois tipos de Sistemas para o Transporte Coletivo, considerando o pagamento de taxas ou tarifas por sua utilização:

o *Sistema Livre*, onde não são cobrados qualquer taxa ou tarifa pelo uso, ou,

o *Sistema Tarifado*, onde institui-se um valor monetário,

2 (latim clássico) omnes, o todo, o todo de tudo, toda coletividade.

3 (inglês) ferry boats, balsas de ferro.

representante de uma tarifa, onde salvo condições previstas em lei, o usuário do sistema é obrigado ao pagamento desta tarifa para se utilizar deste serviço; faz-se notar a utilização deste sistema desde a época da concepção do serviço, por Luis XIV.

O *Sistema Tarifado*, pode ser constituído nas seguintes formas:

Transporte Totalmente Integrado: possui uma única tarifa, a ser cobrada na entrada do usuário no sistema, onde este pode se utilizar de quaisquer meios de transporte e/ou conecxões diferentes, sem o pagamento de tarifas extras ou adicionais;

Transporte Integrado: é cobrada uma única tarifa, na entrada do usuário no sistema, onde este pode se utilizar de outras conecxões desde que se façam em determinadas paradas que sejam permitidas, caso contrário estar-se-á obrigado ao pagamento de uma nova tarifa ou de uma tarifa adicional;

Único Terminal: o Sistema de Transporte de dada localidade possui um único terminal, donde partem as linhas, e a tarifa é cobrada no embarque;

Por Distância: cobra-se a tarifa proporcional à distância percorrida ou a percorrer pelo usuário do sistema, ou, tarifas diversas referentes aos trechos utilizados ou a utilizar, sendo verificada esta modalidade no Japão;

Transporte Semi-Integrado: os usuários pagam a tarifa pela utilização do sistema no embarque, e podem escolher livremente suas conecxões sem o pagamento adicional, desde que seja na mesma empresa transportadora, caso contrário, estar-se-á obrigado ao pagamento de uma nova tarifa;

Transporte Não-Integrado: o usuário do sistema é obrigado ao pagamento de uma nova tarifa integral sempre que houver necessidade de embarque nos veículos de transporte, não possuindo conecxões desoneradas, sendo esta modalidade predominante na maioria das cidades do Brasil.

No tocante à cobrança da/s tarifa/s pela utilização do Sistema, pode ser:

Livre, desonerado de tarifas, em conformidade com o Sistema de Transporte Livre, o usuário não paga qualquer valor monetário pela utilização;

Pago em Espécie, onde o usuário paga em espécie o valor da tarifa, no momento do embarque;

Cartão Ilimitado de Uso, onde o usuário compra um cartão que dá direito ao uso ilimitado do Sistema por certo período de tempo; findo este período o cartão perde sua validade;

Pré-Pago, onde o usuário se utiliza de um cartão com créditos pré-adquiridos, que permite o pagamento da tarifa sem a necessidade da utilização de moeda, onde uma vez utilizados todos os créditos ou resida um valor que não permita o pagamento da tarifa integral, ao cartão é necessário adicionar mais créditos; a exemplo do *SmartCard* utilizado nas grandes metrópoles;

Tickets ou Tokens, que permite ao usuário a compra antecipada de um bilhete com finalidade especial de efetuar o pagamento da tarifa cobrada, não sendo necessária a utilização de moeda para tanto;

Passes Diversos, documento que identifica o portador e permite a utilização de determinados tipos de transporte, ou em sua totalidade, pagando-se a tarifa em decurso de tempo definido; no Brasil a utilização principal de Passe se dá para indicar a gratuidade ou isenção da tarifa.

O Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros no Brasil, caracteriza-se precipuamente por ser um Sistema Tarifado; possuindo variações de Integração verificadas nas principais cidades; utilizando-se do pagamento das tarifas conjuntamente nas modalidades de Pagamento em Espécie, Pré-Pago, e/ou Sistema de Passes; sendo o principal tipo de veículo o Ônibus, e por secundário o Metrô. Outras modalidades de veículos são empregados, a saber o Trem Suburbano, Balsas ou *Ferry Boats*, Sistema de Elevadores ou Esteiras, Helicópteros, mas estes não se constituem vetor de tamanha força e importância quantitativa quanto os primeiros. O Transporte Coletivo por Ônibus está presente em todas as cidades do Brasil, e o Metrô possui maior relevância nas cidades do Rio de Janeiro, São Paulo, e Recife.

Especialmente o Transporte Coletivo por Ônibus, que atende maior parte da população, apresenta uma problemática que deve ser atentamente estudada, no intuito de promover maior equidade nas relações oriundas deste serviço.

1.4 Problemas Sociais

Passemos então à esfera da área urbana, onde se pode observar com maior vigor os problemas sociais que afetam o Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros, neste caso o Transporte Coletivo Urbano.

As cidades têm se desenvolvido em ritmo exponencial, fato que se confirma através da observação do trânsito de veículos nestas. Esta crescente evolução não é acompanhada de soluções infra-estruturais, onde, juntamente com questões sociais, colima-se na problemática social pertinente ao transporte coletivo.

> *Calor, atraso, falta de segurança, insatisfação. Tudo isso faz parte da rotina do carioca que utiliza o transporte coletivo urbano na cidade do Rio de Janeiro. Notícias de mau funcionamento do metrô, das barcas, dos trens e dos ônibus são constantes na mídia. Como há uma ineficiência crônica nos serviços prestados por empresas licitadas, as pessoas evitam se locomover com esses meios e utilizam o carro próprio, gerando quilômetros de congestionamento nas principais vias no horário de pico. As sucessivas falhas mostram que o gerenciamento do setor perdeu o rumo e foi parar na estação do descontentamento dos clientes, que são trabalhadores que perdem tempo na locomoção de casa para o trabalho e muitas vezes chegam atrasados aos seus compromissos por conta da incapacidade das conduções em funcionar bem.*
>
> (ESTEVES, 2010)

Especificamente sobre o Transporte por Ônibus, este está sujeito:

à *Infra-Estrutura Deficitária*, representada por pistas estreitas, desrrespeito dos condutores de veículos particulares às faixas exclusivas, ordenamento de tráfego confuso;

ao *Aumento de Veículos que trafegam nas vias urbanas*,

implicando na lentidão do trânsito;

à *Frota de Ônibus Deficitária*, em seu quantitativo reduzido, em sua qualidade não atendendo às expectativas dos passageiros;

à *Alta Suscetibilidade à Insurgências Criminosas contra os Passageiros*, fato notório e sabido de todos, desde os dirigentes destas empresas até os passageiros, passando também pelo conhecimento do criminoso desta facilidade proporcionada;

a *Falta de Capacitação dos Profissionais* das empresas concessionárias.

Por outro viés, as empresas concessionárias visam extrair a *mais-valia*[4] do seu empreendimento em detrimento de quaisquer outras variáveis que se apresentem, constituindo assim tanto o descaso ao Passageiro, quanto o desinteresse na capacitação dos seus profissionais, o que transforma a concessionária em conhecedora da problemática social e também conhecedor das soluções a serem aplicadas.

Os Professores e Pesquisadores da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, em sua pesquisa realizada com clientes (passageiros) das empresas concessionárias e os profissionais destas, intitulada *Instrumento de avaliação para melhorias em processos organizacionais: caso do transporte coletivo rodoviário urbano de Porto Alegre*, concluem:

> *Os dados obtidos sugerem que as prioridades definidas pelas organizações estão vinculadas à estratégia adotada. Neste trabalho, as empresas B e C tomam como referência o Sistema de Gestão baseado no Prêmio Nacional da Qualidade ou no Prêmio ANTP de Qualidade e, até a realização da pesquisa, não haviam considerado a possibilidade de adotar um Sistema de Gestão baseado nos princípios da Mentalidade Enxuta ou do Lean Management ou outra abordagem convergente com os princípios de um sistema enxuto, cuja prioridade seja a otimização dos processos com base no valor especificado pelo cliente.*
>
> *[...]*
>
> ***Salienta-se que as organizações estudadas e a ATP-POA (Associação dos Transportadores de Passageiros de Porto Alegre) declararam estar cientes da necessidade de reverter o quadro de perda de passageiros e de propor um serviço apropriado às necessidades da sociedade,*** *sob o risco de terem problemas de sustentabilidade futura.* ***Isso não indica necessariamente agregar custo, mas agregar valor ao serviço, através de novos serviços ou serviços suplementares.*** *No entanto, segundo os entrevistados, não há unanimidade quanto a como chegar a uma situação de sustentabilidade assegurada.*
>
> *[...]*
>
> ***Como as empresas estudadas pertencem ao grupo de empresas cujos gestores conhecem os conceitos relativos aos sistemas enxuto e da qualidade, os resultados sugerem que o potencial de melhoria dos processos das organizações dos demais grupos pode ser ainda mais significativo.***
>
> (BORCHARDT, SELLITO, PEREIRA, 2007) (grifo nosso)

Quanto aos passageiros, por muito expropriados dos seus direitos enquanto consumidores do serviço de transporte coletivo urbano, são tratados meramente como usuários de tal sistema, peças sem importância na rede de relações sociais e jurídicas estabelecidas no cumprimento da obrigação estatal em prover meio de locomoção aos seus cidadãos.

> *[...]*
>
> ***Ou seja, nota zero para segurança.***
>
> ***Quem paga quer conforto e a certeza de que vai chegar ao destino ileso.*** *Como a grande maioria dos trens não possui ar condicionado, com o intenso calor que faz neste verão, a temperatura dentro dos vagões* ***é um risco à saúde de quem sofre picos de pressão arterial.*** *Diariamente, 500 mil passageiros sentem na pele a falta de estrutura sobre os trilhos da cidade, além de conviverem com atrasos, paralisações e cancelamento de viagens sem aviso prévio.*
>
> *[...]*
>
> (ESTEVES, 2010) (grifo nosso)

Por agravar a situação já exposta, a criminalidade se faz presente de forma bastante violenta, e transforma o simples ato de tomar o omnibus, outrora algo comum líquido e certo de condução mansa ao destino, em negócio de alto risco e de altíssimo grau de insegurança. Institui-se o pânico e o pavor reincidentes, causando ao passageiros sérios danos à sua saúde física, biológica e psicológica.

> ***A realidade dos ônibus é ainda mais cruel.*** *Os horários são irregulares, a tarifa não é compatível com a maioria dos salários de quem utiliza os ônibus, o trânsito congestionado deixa o tempo de viagem incerto,* ***além de assaltos serem frequentes em linhas da Zona Sul e Norte.*** *E o pior de tudo é que esses coletivos jogam quantidades enormes de gases poluentes na atmosfera, deteriorando ainda mais a qualidade do ar que o povo carioca respira, além de contribuírem para o aquecimento global.*
>
> *O carioca precisa estar atento e cobrar da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes uma fiscalização mais rígida* ***que garanta um serviço de qualidade ou acionar o Procon (Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor), porque quem sustenta as empresas de transporte somos nós, trabalhadores que pagamos caro por um serviço que não dá conta do recado.***
>
> (ESTEVES, 2010) (grifo nosso)

Perlustrando a exposição, ofertemos as narrativas encontradas no artigo acadêmico, intitulado *Assaltantes a bordo: violência, insegurança e saúde no trabalho em transporte coletivo de Salvador, Bahia, Brasil,* a saber:

> *Contribuindo para impedir o pior, certas iniciativas de rodoviários e passageiros ajudam a controlar o nervosismo reinante e evitar resistências arriscadas. Uma ilustração dessa mediação está no relato de Jandira sobre um assalto praticado por três rapazes:*
>
> *"Eles roubaram todos os passageiros e falavam: 'Motorista, qualquer coisa você é o primeiro que morre'. (...)* ***Diziam para mim e para a passageira que também estava com um deles na frente '***, tá vendo que é um assalto'. Essa passageira ainda me disse depois que só entregou o dinheiro por minha causa, que eu tinha ficado nervosa.*** *(...) Eu falei: 'Perder a vida por causa de cem, oitenta reais?'. Ao mesmo tempo que eu fiquei nervosa, eu também pedia calma às pessoas, tive força na hora, falava com ela: 'Moça, pelo amor de Deus entregue logo o dinheiro' [e] falava com o assaltante: 'Você não precisa atirar em ninguém, todo mundo vai entregar tudo rapaz'. (...) As pessoas ficavam nervosas, tinha uns gringos que não entendiam nada, começaram a chorar."*

4 Karl Marx, *Mais-Valia*, a sobre-exploração do lucro.

[...]

"Um deles [estava com] o dinheiro no bolso de trás da calça. Quando o assaltante pediu o dinheiro, ele foi pegar, aí o assaltante achou que ia pegar uma arma e atirou nele. O outro colega de trabalho já tinha sido assaltado e ainda estava pagando o prejuízo para a empresa. Então quando o assaltante chegou para pedir o dinheiro, ele falou 'você de novo!' O assaltante foi, pegou o dinheiro, desceu pela porta de trás e deu um tiro nele, na certa com medo de que ele o identificasse."

[...]

Outro conjunto de narrativas faz menção ***aos choques emocionais produzidos pelas agressões no ambiente de trabalho, tal como é citado por Júlio, 31 anos, pardo, motorista: "No momento a gente apenas não reage, apenas faz o que ele pede. Após o assalto é que o choque vem, no momento você fica neutro, depois é que vem o nervosismo."***

[...]

Numa linha próxima dos chamados ***distúrbios pós-traumáticos*** *(Kleinman, 1995), o relato de um motorista salienta,* ***como conseqüências dos eventos, a somatização dos sintomas em termos de sensibilidade aguda a ruídos e ansiedade:*** *"Você ficar com revólver no ouvido, o cara ali xingando a gente, isso deixa qualquer um neurótico. É um trauma para o resto da vida, hoje eu nem posso ouvir alguém falar mais alto (...) eu era muito calmo, hoje não consigo mais ser" (Joseval, 58 anos, branco).*

Além de sentir mais tensão e trabalhar assustado (França, 1995), ***o rodoviário desenvolve um tipo de transtorno que o leva a ver assaltantes, especialmente no turno da noite e em linhas mais perigosas, nas figuras de passageiros comuns.*** *Esse transtorno pode ser visto na declaração de um despachante que trabalhou como motorista: "Dá medo, trauma, a gente fica desconfiado quando entra no ônibus, achando que todo mundo vai ser assaltante, (...) porque o assalto não tem hora certa, a gente não sabe" (Abdias, 40 anos, negro, despachante). O transtorno de medo é confirmado por outro depoimento acerca da percepção modificada dos rodoviários com respeito ao seu trabalho, na qual o próprio fluxo de passageiros é tomado como uma ameaça: "Devido ao assalto, você fica achando que vai ser assaltante, é o pânico; sinceramente, cada passageiro que entra você pensa que aquele pode ser o assaltante" (Mariza, 29 anos, parda, cobradora).*

(PAES-MACHADO, LEVENSTEIN, 2002) (grifo nosso)

A necessidade de completude se faz mister, pois em uma ocorrência criminosa de assalto ao ônibus, não somente o profissional do transporte está sujeito às anomalias provocadas à sua saúde, mas também o passageiro, pois todos estão sujeitos às mesmas condições durante este acontecimento, conseqüentemente todos podem vir a sofrer das mesmas patologias.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1 Concepção do Sistema

O serviço de transporte de pessoas, em sua gênese é oriundo do Direito Público, onde o Estado é o responsável. No ano de 1662, Luis XIV, Rei da França, concede a licença de se explorar o serviço de transporte em carruagens, e instrui Blaise Pascal à concepção do *modvs operandi*[5] do sistema. Mantém-se até os dias atuais a forma de exploração do Serviço de Transporte Coletivo, porém com algumas modificações, mas mantém os princípios intrínsecos, onde se dá por meio de uma licença que atualmente se denomina Concessão Pública.

Em se sabendo que no *verbvm*[6] reside seu significante e significado, definamos a palavra Concessão:

CONCESSÃO

[latim clássico, concessio, concessionis] [substantivo feminino]

1. ação de conceder; permissão, consentimento. 2. ato de ceder do seu direito, do seu ponto de vista, em favor de outrem; condescendência. 3. (economia) atribuição pelo poder público a indivíduo ou empresa, mediante contrato, de exploração de serviço público, de execução e exploração de obra pública, de utilização de bem público, ou de exploração de recursos naturais (jazidas, energia hidráulica) pertencentes à União.

(FERREIRA, 2004) (OXFORD LATIM DICTIONARY, 1968)

Per Agnoscere[7] , Concessão Pública é o consentimento do poder público para um indivíduo ou instituição de direito privado, através de instrumento contratual, explorar serviço ou bem público, cuja titularidade e/ou propriedade pertença ao Estado. Este Serviço Público ou Exploração de Recursos pertencentes ao Estado, dar-se-á em conformidade com o regramento aplicável.

Mesmo a ocorrência de diversos processos evolutivos na história das sociedades, fez-se manutenir a tutela do direito de exploração deste direito pelo Estado. Em especial, no Brasil, esta concepção contribui para o desenvolvimento econômico, e permite o acompanhamento sistemático do poder estatal no cumprimento das atividades concedidas.

Entende-se por Transporte Coletivo de Passageiros, aquele Serviço Público que se propõe a deslocar pessoas a partir de um pólo em destino a um horizonte, executado por empresa de direito público, capital misto, ou por algum permissionário titular da concessão emitida pelo Estado, utilizando-se de qualquer meio de transporte permitido e apropriado para tal finalidade, onde se garanta a boa adequação deste serviço.

Sob os auspícios da concepção jurídica do Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros, o Estado Brasileiro define ser Direito Social dos Trabalhadores Urbanos e Rurais, tais direitos pertencentes à classe de necessidades vitais básicas do indivíduo e de sua família, garantidos em sua Constituição Federativa, a saber:

CAPÍTULO II
DOS DIREITOS SOCIAIS

[...]

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

5 (latim clássico) vulgata: *modus operandi,* modo de operação.
6 (latim clássico) vulgata: *verbum,* verbo, palavra.
7 (latim clássico) *per agnoscere,* pelo entendimento.

*IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender **a suas necessidades vitais básicas e às de sua família** com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, **transporte** e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;*
[...]
(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988) (grifo nosso)

O ato de permitir a pessoas jurídicas de direito privado, o direito temporário de explorar o transporte de pessoas, pressupõe contribuir para o desenvolvimento econômico da sociedade, pois o Estado permite o empreendedorismo privado, gerando assim emprego e renda sem onerar o erário. Reserva para si o direito de controlador do sistema sob a ótica global, e, ainda detém o poder de intervir nas micro-condicionalidades que se apresentarem. Nesta forma, o princípio que se pretende garantir é a ampla integração entre o direito vital do indivíduo em se locomover, bem como produzir resultado econômico direto e indireto, tanto através da geração de receita, geração de empregos, e arrecadação de impostos e tributos.

CAPÍTULO II
DA UNIÃO
[...]
Art. 21. Compete à União:
[...]
XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
[...]
d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;
[...]
XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
[...]
(CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL, 1988) (grifo nosso)

No intuito de garantir maior especifidade, e melhor adequação ao Serviço de Transporte Coletivo de Pessoas, a Federação transfere aos Municípios a tarefa de organizar sob suas diretrizes, os serviços públicos de interesse local, caracterizando a responsabilidade imediata do Serviço de Transporte Coletivo Urbano de Pessoas à esfera do Município. Tal disposição constante da tarefa constitucional municipal:

CAPÍTULO IV
Dos Municípios
[...]
Art. 30. Compete aos Municípios:
[...]
V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
[...]
(CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL, 1988)

O Estado, em sua atividade superveniente, regramenta ser princípios da atividade administrativa estatal a impessoalidade e a eficiência, onde já determina no corpo constitucional de seu ordenamento, a capacidade do usuário dos serviços públicos em realizar reclamações formais, bem como institui avaliação dos serviços públicos de forma períodica intrínseca (que é próprio ao serviço) e extrínseca (que é próprio às externalidades do serviço), neste caso prestados diretamente pelo poder estatal ou por seus permissionários, nesta via, que se equivalem:

CAPÍTULO VII
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Seção I
DISPOSIÇÕES GERAIS
[...]
Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
[...]
§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
[...]
I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
[...]
§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.
(CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL, 1988)

Sabendo o Estado do ônus que causa a prestação de serviço público que não é sua atividade mister, então, concede permissão à empreendedores privados, agentes de promoção do desenvolvimento econômico. Estes empreendedores, devem explorar tal(is) serviço(s) em consonância com o dispositivo constitucional artigo 175, o qual declara:

TÍTULO VII
Da Ordem Econômica e Financeira
CAPÍTULO I
DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA
[...]
Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
Parágrafo único. A lei disporá sobre:
I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
II - os direitos dos usuários;
III - política tarifária;
IV - a obrigação de manter serviço adequado.
(CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL, 1988) (grifo nosso)

Após instituída a concessão do serviço público, o Cidadão no intento de cumprir suas atividades utiliza-se do Sistema de Transporte Coletivo, ora explorado por uma instituição de direito privado.

Nesta toada, constitui-se o Sistema de Transporte Coletivo e a forma que procede o Estado em pôr-lo em operação.

2.2 Ordenamento Jurídico

Mister se faz o entendimento basilar da diferenciação dos conceitos envolvidos no Sistema de Transporte Coletivo:

1. ao indivíduo que se utiliza do Sistema de Transporte Coletivo, podemos nominar de Usuário do Sistema, pois o Sistema é o intangível do conjunto de conceitos, definições, leis, regras, onde o Estado é o proprietário;
2. ao indivíduo que se utiliza de determinado tipo de Transporte Coletivo, em nossa análise o ônibus, é contratante do serviço de deslocamento de um ponto a outro, neste sentido, podemos o nominar de Contratante do Serviço de Transporte ou Cliente da Empresa Transportadora, onde o concessionário estabelece relação jurídica direta com a pessoa transportada; nesta acepção destitui-se a característica de usuário do transporte coletivo, e figura o consumidor do serviço de transporte.

À primeira definição, entende-se a relação jurídica do Usuário do Sistema com o Estado, situa-se no âmbito do Direito Público. À segunda definição, entende-se a relação jurídica estabelecida com o agente conecessionário, onde em face da pessoa transportada é seu fornecedor e esta seu cliente ou contratante, situa-se no âmbito do Direito Consumerista.

Sobre os dispositivos que regem a matéria no âmbito do Direito Público, encontram-se:

1. na Constituição Federal:
   - sobre o transporte aéreo, aquático e terrestre, artigo 178;
   - sobre o acesso adequado aos deficientes, artigos 227 e 244;
   - sobre a gratuidade do transporte a maiores de sessenta e cinco anos de idade, artigo 230;
   - sobre a competência da União, e a forma de exploração de serviços públicos, artigo 21;
   - sobre a incidência de impostos sobre prestação de serviços interestadual e intermunicipal, artigos 34 e 155;
   - sobre o transporte de materiais radioativos, artigos 177 e 200;
   - sobre a responsabilidade de Municípios, nos serviços de transporte coletivo, artigo 30;
   - sobre a política nacional, legislação e diretrizes, planejamento e execução, artigos 21, 22 e 187;
   - sobre a necessidade vital de transporte ao trabalhador, artigo 7, inciso IV;
2. na Lei Federal no. 8.987 de 13/02/1995, onde complementa o artigo 175 da Constituição Federal, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos;
3. na Lei Federal no. 9074 de 07/07/1995, onde complementa a Lei 8.987/13-02-1995, e, estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.
4. na Lei Orgânica do Município de Salvador, Bahia, Secção III, Dos Serviços Municipais, artigos 117 a 122, onde apresenta uma compilação consonante com os dispositivos constitucionais.

Percebe-se de forma *habitué*[8] o Estado protecionista, sendo verificado nos regramentos relacionados, cumpre o objetivo e finalidade do Estado, em salvaguardar os interesses coletivos, à mesma medida que impõe instrumentos de controladoria e avaliação dos serviços públicos prestados, tanto na esfera governamental como por meio de seus concessionários e/ou permissionários. O Estado ocupa a posição de controlador superveniente do Sistema, sendo sua orientação a favor do estabelecimento e manutenção da boa prestação do serviço público.

Sobre a Constituição Federal e a Lei Orgânica do Município de Salvador, aduz-se sua orientação a estabelecer um conceito amplo sobre a prestação de serviços públicos, em nossa análise, o serviço de transporte coletivo. Em especial, as Leis Federais 8.987 de 13/02/1995 e 9.074 de 07/07/1995, tratam com maior especificidade sobre o regime da concessão ou permissão de serviços públicos. Complementam o artigo 175 da Constituição Federal, estabelece o entendimento em maior detalhe, atendo-se ao funcionamento e regulamento do sistema.

Dest'Arte, o conjunto deste regramento consolida-se nas principais vertentes:

1. o Serviço de Transporte Coletivo se dará através de concessão pelo poder público;
2. este Serviço Público, deve ser executado com vistas a produzir seu bom efeito, procurando manter grau de satisfação e eficiência;
3. o Estado (Federação, Estados, ou Municípios), são os entes supervenientes do Sistema, onde planeja, regula, e verifica a qualidade do serviço efetivamente prestado; e,
4. em caso de danos produzidos, os concessionários prestadores de serviços são obrigados à indenizar o passageiro, em caso de danos provocados dolo ou culpa dos seus agentes;

Neste conjunto de regramentos, há de se perceber a ordem estabelecida para se fazer operar o sistema, o que torna incipiente a visão do passageiro na sua real acepção: consumidor do serviço.

Sobre os dispositivos que regem a matéria em face das relações jurídicas da pessoa transportada (cliente) e seu transportador (fornecedor), encontramos:

no Código Civil, Lei no. 10.406, de 10/01/2002:

8 (francês) habitué, habitualmente.

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

Art. 737. O transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior.

Art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço.

Parágrafo único. Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá eqüitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

(CÓDIGO CIVIL, LEI 10.406/2002, 2002) (grifo nosso)

no Código de Defesa do Consumidor, Lei no. 8.078, de 11/09/1990:

Art. 2º - ***Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final.***

Parágrafo único - Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Art. 4º - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;

[...]

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

[...]

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

[...]

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Art. 8º - Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único - Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

Art. 9º - O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 10 - O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º - O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º - Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º - Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

Art. 12 - O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

[...]

§ 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabiliza-

> *do quando provar:*
> *I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;*
> *II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*
> *[...]*
> (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, LEI 8.078/1990, 1990) (grifo nosso)

O Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990, passam a materializar a definição mais própria para aquele que contrata o serviço de transporte, seja o ônibus intra-municipal, pelo pagamento da tarifa, seja qualquer outra modalidade via contrato ou compra de bilhete em rodoviárias.

O passageiro é aquele consumidor do serviço de transporte coletivo, seja em qualquer instância, onde por contrato estabelece uma prestação (o serviço de transporte) e cumpre sua contra-prestação (o pagamento do referido ônus).

Dest'Arte, pode-se consolidar os dois códices nas principais seguintes vertentes:

1. o concessionário do serviço de transporte é responsável pelos danos, materiais ou morais, causados aos passageiros e/ou suas bagagens, sendo obrigada à reparação destes aos passageiros;
2. o produto, serviço de transporte coletivo, mesmo sendo uma concessão pública, deve garantir a saúde e segurança dos passageiros, bem como deve possuir qualidade e desempenho apropriado;
3. o concessionário deve informar de maneira ostensiva e adequada sobre os riscos instrínsecos (do próprio serviço) e extrínsecos (fatores externos) do consumo do serviço, instituindo medidas para que se corrija tais anomalias, inclusive sob o aspecto da criminalidade contra os passageiros;
4. deve o concessionário do serviço, publicizar às suas expensas, sobre a insegurança que existe e está instituída no serviço de transporte coletivo, de fato a fazer saber aos passageiros dos riscos que estão sujeitos;

Assim, o conjunto destes regramentos, constituem-se em favor da dignidade do passageiro, instruindo *in positio*[9] para se materializar a legislação no tocante à promoção do serviço adequado e qualitativo, que tanto se referem a União, Estados e Municípios.

3. PER SENSVS, IN INTELLEGENTIA MERITV

> Diferentemente dos causídicos padronizados, mister se faz utilizar *Per Sensvs, In Intellegentia Meritv*[10] , onde designa o conceito, o propósito, e objetivo: Pela Capacidade do Julgamento de Entender, Na Faculdade de Compreender o Mérito.

A capacidade de compreender e julgar pelo entendimento do mérito se faz mister, pois é evidente e inquestionável a vil expropriação do direito consumerista, que ocorre nas relações jurídicas instituídas pelo ato de se tomar o ônibus.

O Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros, no Brasil, é precipuamente caracterizado por um Sistema Tarifado; sendo variáveis as possibilidades de Integração; pagas as devidas tarifas nas modalidades de Pagamento em Espécie, Pré-Pago, ou

9 (latim clássico) *in positio*, em positivo, positivamente.
10 (latim clássico) vulgata: *per sensus, in intelligentia meritu.*

JANEIRO DE 2010

REGISTROS	ÁREA INTEGRADA DE SEGURANÇA PÚBLICA - AISP																TOTAL
	AISP 1	AISP 2	AISP 3	AISP 4	AISP 5	AISP 6	AISP 7	AISP 8	AISP 10	AISP 12	AISP 13	AISP 16	AISP 17	AISP 18	AISP 19	AISP 20	
Homicídio Doloso	1	7	4	7	8	5	11	0	8	4	23	30	13	10	11	10	152
Tentativa de Homicídio	1	2	1	12	1	4	8	2	6	3	5	14	0	4	2	4	69
Estupro	0	4	1	4	5	1	2	2	5	2	10	4	0	7	7	6	60
Roubo Seguido de Morte	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Roubo a Ônibus Urbano	1	11	2	3	13	0	16	7	21	1	11	8	5	11	4	7	121
Furto de Veículo	7	17	7	20	15	3	7	9	4	13	10	2	2	6	2	25	149
Roubo de Veículo	5	17	9	17	28	1	20	41	30	56	37	13	14	28	8	77	401
ATIVIDADE POLICIAL																	
Usuário de Drogas	3	34	6	31	7	3	2	4	3	0	6	2	0	2	1	2	106
Veículos Recuperados	3	20	5	7	9	6	18	50	11	18	36	10	9	10	9	28	249
Pessoas Autuadas em flagrante	9	57	20	34	20	6	13	11	13	13	34	26	5	17	15	33	326
Apreensão de Arma de Fogo	0	2	4	5	2	0	2	0	1	1	14	1	0	5	3	1	41

Fonte: CEDEP

tabela (SSP-BA, 2010)

Sistema de Passes; utiliza-se principalmente do ônibus como veículo de transporte.

Na definição clássica do Sistema de Transporte em voga, já há estabelecidas as relações jurídicas que habitam neste universo: o passageiro paga por um serviço, isto é, ele contrata a prestação do serviço de ser transportada sua pessoa e sua bagagem de um ponto à outro, onde este contrato tem duração até o momento em que atinge seu destino. Prioritariamente,

FEVEREIRO DE 2010

REGISTROS	ÁREA INTEGRADA DE SEGURANÇA PÚBLICA - AISP																TOTAL
	AISP 1	AISP 2	AISP 3	AISP 4	AISP 5	AISP 6	AISP 7	AISP 8	AISP 10	AISP 12	AISP 13	AISP 16	AISP 17	AISP 18	AISP 19	AISP 20	
Homicídio Doloso	1	2	3	9	0	1	14	0	10	2	17	23	21	13	5	4	125
Tentativa de Homicídio	0	2	1	4	1	0	8	0	10	1	4	3	1	5	6	5	51
Estupro	3	3	0	1	8	0	2	1	4	1	5	4	0	1	3	1	37
Roubo Seguido de Morte	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1	0	0	0	0	2
Roubo a Ônibus Urbano	0	1	2	5	4	1	7	4	7	0	4	5	7	8	8	6	69
Furto de Veículo	0	8	6	14	10	3	14	10	3	9	6	1	3	6	2	26	121
Roubo de Veículo	3	9	18	18	40	0	19	36	24	40	30	6	9	35	9	54	350
ATIVIDADE POLICIAL																	
Usuário de Drogas	5	18	6	6	3	1	1	3	1	5	10	5	0	7	6	8	85
Veículos Recuperados	2	15	3	9	8	4	15	50	10	21	20	4	12	11	15	25	224
Pessoas Autuadas em flagrante	7	33	14	21	29	5	2	14	6	32	31	26	3	7	17	20	267
Apreensão de Arma de Fogo	0	1	2	6	4	1	1	2	2	4	12	4	1	3	3	6	52

Fonte: CEDEP

tabela (SSP-BA, 2010)

MARÇO DE 2010

REGISTROS	ÁREA INTEGRADA DE SEGURANÇA PÚBLICA - AISP																TOTAL
	AISP 1	AISP 2	AISP 3	AISP 4	AISP 5	AISP 6	AISP 7	AISP 8	AISP 10	AISP 12	AISP 13	AISP 16	AISP 17	AISP 18	AISP 19	AISP 20	
Homicídio Doloso	1	1	4	11	14	7	15	0	26	2	9	29	12	13	11	12	167
Tentativa de Homicídio	0	4	1	10	5	2	3	0	11	2	7	8	2	7	6	3	71
Estupro	0	0	0	0	1	0	0	1	1	2	0	3	0	0	4	1	13
Roubo Seguido de Morte	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	2
Roubo a Ônibus Urbano	0	3	6	5	5	1	7	4	9	1	7	6	8	7	6	5	80
Furto de Veículo	8	7	5	13	20	4	6	15	3	14	11	4	2	6	1	22	141
Roubo de Veículo	9	14	14	23	30	2	22	37	29	70	43	10	15	31	13	65	427
ATIVIDADE POLICIAL																	
Usuário de Drogas	12	21	6	14	8	1	2	3	0	9	5	2	0	4	2	4	93
Veículos Recuperados	0	8	9	8	13	8	18	70	18	19	20	11	11	20	11	19	263
Pessoas Autuadas em flagrante	15	38	15	15	17	5	2	27	13	19	15	31	2	8	7	19	248
Apreensão de Arma de Fogo	2	8	3	3	5	1	3	1	5	3	1	5	1	6	5	2	54

Fonte: CEDEP

tabela (SSP-BA, 2010)

trata-se de uma relação jurídica consumerista.

Importante, a diferenciação já apresentada entre:

1. Usuário do Sistema, aquele que se utiliza do Sistema instituído pelo Estado, mais abrangente que o simples transporte, abarca a concepção, planejamento, valores, e finalidades;
2. Contratante do Serviço de Transporte Coletivo, o Passageiro, aquele consumidor de determinado serviço, cliente de determinado fornecedor.

A dialética se apresenta como dois viéses a serem observados, já expostos no tópico *Ordenamento Jurídico* deste artigo. A eterna discussão da nomenclatura mais apropriada a se empregar ao passageiro do serviço de transporte, principalmente quando se há uma ocorrência criminosa no interior do ônibus, *exempli gratia*[11] um assalto.

Os representantes das empresas concessionárias do Serviço de Transporte Coletivo de Passageiros, argumenta sub-repticiamente ser vítima de força maior, ser tão vítima da criminalidade quanto o passageiro, e transfere sua responsabilidade para o Estado. Por sua vez, o Estado instaura medidas coercitivas e preventivas para coibir a criminalidade, mas a solução deste problema social não se encontra somente no poder coercitivo. Nesta toada, o passageiro torna-se aquele mais desprotegido, a verdadeira vítima da criminalidade e da falta de respeito do concessionário.

A argumentação legal dos representantes dos concessionários do Serviço de Transporte Coletivo de Passageiros, fundamentam sua defesa nos seguintes preceitos legais:

na Lei Orgânica do Município de Salvador, Bahia, Artigo 121:

> *Artigo 121. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes ou prepostos, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*
>
> (LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SALVADOR, 2006)

na Constituição Federal, o Artigo 37, parágrafo 6o.:

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
>
> *[...]*
>
> *§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*
>
> *[...]*

11 (latim clássico) *exempli gratia,* por exemplo.

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988)

no Código Civil, o Artigo 734, em seu caput:

> *Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.*
>
> (CÓDIGO CIVIL, LEI 10.406/2002, 2002) (grifo nosso)

Suas defesas, ora são apresentadas arguindo o assaltante não ser seu agente nem preposto, ora alegam ser a ocorrência do assalto um fato de *força maior,* ora alegam a conjunção dos dois pressupostos, e assim bradam por sua exclusão de responsabilidade. Entendendo o significado de *Força Maior,* é aquele acontecimento que se realiza sem qualquer possibilidade de controle ou previsão, assim foge a possibilidade de controle.

Será então, o assalto em ônibus um evento de *força maior, caso fortuito?*

Com maestria o douto Ministro do Supremo Tribunal de Justiça, Carlos Thompson Flores, em sua relatoria do Recurso Especial no. 88.407-6 em 07/08/1980, nos oferta uma excelente explanação para esta divergência:

> *[...]*
>
> *4 A exclusão da sua responsabilidade pela ocorrência de caso fortuito ou de força maior, ou por fato de terceiro que se lhes possa equiparar, é de ser decidida em cada caso, visto como "... não há acontecimentos que possam, a priori, ser sempre considerados casos fortuitos, tudo depende das condições de fato em que se verifiquem o evento. Hoje o que é caso fortuito, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência ou da maior previdência humana. Um mesmo acontecimento, diversamente do que sustentou EXNER, poderá constituir ou não caso fortuito, conforme a hipótese a que se aplique, variando as condições objetivas do caso. O exemplo do raio é muito sugestivo. Atingindo uma casa de moradia particular, quem duvidará da inimputabilidade do acontecimento ? Entretanto, poder-se-á afirmar que esteja caracterizado o fortuito, tratando-se de um grande estabelecimento, que a mais elementar prudência aconselhasse porver de pára-raios ?*
>
> *[...]*
>
> *E com toda procedência reconhecu a antiga 1a. Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, em acórdão de 25 de junho de 1926, relator o saudoso desembargador SÁ PEREIRA, que : **"nem sempre a produção de um fenômeno natural pode ser capitulada como caso de força maior."** "Um temporal é um fenômeno da natureza, a quem não podemos obstar, mas podemos previnir e devemos prever, numa cidade como o Rio de Janeiro, periodicamente a ele sujeita, às suas conseqüências, sobretudo quando se trata de desmonte de um morro, a cavaleiro de ruas e logradouros públicos. A enxurrada consequente a um temporal carreará necessariamente para as casas baixas as terras deslocadas, se elas estão soltas e nenhum anteparo lhes veda a passagem." **Para nós, equivocam-se aqueles que pretendem existir uma categoria de acontecimento por si mesmos constitutivos de força maior.***
>
> (STJ, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 88.407-6, 1980) (grifo nosso)

Corroborando com a explanação do Ministro Flores, fazemos constar as estatísticas da Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, para os primeiros três meses deste ano de 2010, sobre a ocorrência de assaltos a ônibus no município de Salvador, a saber:

No mês de janeiro de 2010, *Roubo a Ônibus* figura a 4.a. maior ocorrência policial registrada, somente no município de Salvador;

Nos mêses de fevereiro e março de 2010, Roubo a Ônibus mantém-se na 4.a. posição de maior ocorrência policial registrada, somente no município de Salvador.

Diante as evidências, não se pode atestar que as ocorrências de assalto a ônibus, gentilmente relacionadas pela SSP-BA como roubo a ônibus, há de se constituir caso fortuito, ou evento de força maior. Está demonstrada a recorrência, e sua importância, pois estando entre as cinco maiores registradas justifica a necessidade de sua prevenção.

Em consonância com o Ministro Flores, perguntemo-nos: *e o raio que incide sobre o mesmo estabelecimento mais de sessenta vezes, a cada mês, é esta ocorrência por motivo de força maior, ou caso fortuito ?* A resposta é uma negativa clara e evidente.

Ainda, procurando estabelecer o significado do *verbvm*[12] , e derroguemos o que brandem os causídicos representantes das empresas prestadoras do serviço de transporte coletivo, definamos a origem da palavra *acaso*, que provém da expressão latina *ad cadere*, cujo significado é *cair em direção à*. Nesta forma, não existe qualquer força maior em voga, nem casuísmos aleatórios, o que existe é o nexo causal estabelecido e recorrente: por não se entenderem responsáveis, os prestadores do serviço nada fazem em prol de elidir total ou parcialmente a insurgência criminosa, e conseqüentemente permite-se sua facilitação, outrossim, o instituto escorreito para o acontecimento dos assaltos é a *regularidade* em contra-ponto ao tal acaso alegado.

Ivs Pro Svmvm Bonvs Est[13] , é cabível ao passageiro, consumidor do serviço de transporte coletivo, a aplicação do direito consumerista sem o prejuízo de qualquer de outros dispostos, sob a forma complementar. Assim, é direito do passageiro vítima de assalto em ônibus, principalmente:

1. o ressarcimento das perdas materiais, assaltadas ou roubadas por insurgência criminosa contra ele, dentro do ônibus;
2. a reparação por danos morais, pois o evento cria diversas patologias psicológicas, e pós-traumáticas;
3. a imputação de responsabilidade cível à empresa transportadora, em caso de ferimento, acidente, ou até morte do passageiro, durante estas ocorrências, colimando-se em paga de indenização por tais danos;

Em conformidade com a legislação apresentada no tópico

12 (latim clássico) vulgata: verbum, o verbo, a palavra.

13 (latim clássico) vulgata: jus pro sumum bonus est, o direito está a servir a essência do bem, o direito é o serviço em favor da essência do bem.

Fundamentos Jurídicos, deste artigo.

3.1 In Finale Conclvsio

Neste século XXI, apresenta-se uma das mais notáveis revoluções paradigmáticas da Ciência Jurídica, Ciência do Direito, donde clama em voz altiva a instituição da *justiça justa*, assim proferido desde a Antiguidade Clássica, em especial no Império Romano, como demonstra *Vlpianvs*[14] em *Corpvs Ivris Civilis*[15] :

> *Com base neste direito Celsvs nos denomina sacerdotes: pois cultuamos a justiça e professamos o conhecimento do bom e do justo, separando o justo do iníquo, discernindo o lícito do ilícito, desejando que os homens bons se faça não só pelo medo das penas mas também pela motivação dos prêmios, aspirando não à simulada filosofia, se não me engano, mas à verdadeira.*
> *[...]*
> *Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito.*
>
> (VLPIANVS in CORPVS IVRIS CIVILIS, 2000 a.C)

Neste sentido, Jhering apresenta que expropriar direitos é transformar o ordenamento legal em algo vazio, inválido, e estabelece na utilização do instrumental jurídico tanto para requerer o direito quanto instruir o Estado, onde se culminará na materlização do justo:

> *O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para conseguí-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças de injustiça - e isso perdurará enquanto o mundo for mundo -, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes, dos indivíduos.*
> *[...]*
> *O que está em jogo não é apenas o interesse do sujeito ativo, a relação singular em que a lei se corporifica ou, segundo acabo de dizer, uma imagem na qual foi captado e fixado um raio fugaz da lei, imagem esta que pode ser eliminada e destruída sem que a lei seja afetada. Pelo contrário, a própria lei foi desrespeitada e pisoteada. E a lei terá de afirmar-se, sob pena de não passar de um jogo vão e de uma frase vazia. Com sucumbência do direito lesado assistimos ao desmoronamento da própria lei.*
> *[...]*
> *O que luta pelo direito do Estado da nação não é outro senão o mesmo que luta pelo direito privado. As qualidades adquiridas nas relações com este último são as mesmas que o acompanham nas lutas que trava em prol das liberdades públicas ou contra o inimigo externo. A semente lançada no direito privado frutifica no direito público e no direito internacional. É nas planícies do direito privado, nas pequeninas e insignificantes relações da vida que há de se formar e acumular, gota por gota, a seiva vivificadora; é aqui que deve constituir-se o capital moral com que o Estado opera em escala mais ampla em benefício dos seus objetivos.*
>
> (JHERING, 1872)

A responsabilidade cível oriunda das relações jurídicas estabelecidas pelo evento da prestação de serviços de transporte coletivo, há de ser compartilhada pelo Estado e pelo próprio concessionário prestador do serviço.

A declaração de força maior ou caso fortuito, trata-se da deturpação do entendimento destes princípios, no intuito de produzir um artifício jurídico para conquistar o deferimento a favor dos concessionários, quando em defesa perante a autoridade jurisdicional.

Nesta forma e essência, produzir-se-á mediante equitatividade, o que pretendem o dispositivos constituicionais artigos: 1.o. inciso III, a dignidade da pessoa humana; 5.o., a inviolabilidade do direito à vida e segurança; e, 6.o., direito social à saúde e segurança.

Ipso Factvm, Per Expositvm Agnoscere[16] , em consoante à praxis[17] judicante de justiça justa, está apresentada e verificada a percepção jurídica da *Responsabilidade Jurídica Cível dos Concessionários Prestadores de Serviço de Transporte Coletivo de Passageiros,* onde a destituição do brandir em alegar fato de força maior se faz mister, perante a comprovação da atividade criminosa previsível e regular.

4. REFERÊNCIAS

AMTUIR MUSÉE DES TRANSPORTS. Histoire Générale des Transports La Préhistoire des Transports Urbains. Disponível em http://www.amtuir.org. Acesso em 13.06.2010 15h00.

BORCHARDT, Miriam; SELLITTO, Miguel Afonso; PEREIRA, Giancarlo Medeiros. Instrumento de Avaliação para Melhorias em Processos Organizacionais: Caso do Transporte Coletivo Rodoviário Urbano de Porto Alegre. In PRODUÇÃO. Volume-17 Número-2. São Paulo, 2007.

BRASIL, BAHIA, SALVADOR. Lei Orgânica do Município de Salvador. Edição Consolidada até a Emenda 21, Maio de 2006.

BRASIL. Código Civil. Lei no. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei no. 8.078, de 11 de setembro de 2002. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Constituição Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei no. 9.074, de 07 de julho de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 07 de julho de 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário no. 88.407-6-RJ. Rio de Janeiro, 1980.

ESTEVES, André. Falência Múltipla dos Transportes. Disponível em http://www.cnt.org.br. Acesso em 09.06.2010, 14h00.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio, 3.a.Edição. São Paulo: Editora Positivo, 2004.

IMPÉRIO ROMANO. Corpvs Ivris Civilis. Ivstiniani.

14 (latim clássico) nome próprio: *Vlpianvs,* vulgata: *Ulpianus,* Ulpiano.

15 (latim clássico) vulgata: *Corpus Iuris Civilis,* Corpo Jurídico Civil, Lei Romanística.

16 (latim clássico) vulgata: ipso factum, per expositum agnoscere, o fato exposto, pela exposição do entendimento.

17 (latim clássico) praxis, prática

(organizador). 2000 a.C.

JHERING, Rudolf Von. Luta Pelo Direito. 1872. São Paulo: Martin Claret, 2006.

NEW YORK CITY TRANSPORTATION. Metropolitan Transportation Autority. History and Cronology. Disponível em http://www.mta.info. Acesso em 09.06.2010, 12h00.

OXFORD LATIM DICTIONARY. Oxford: Oxford University Press, 1968.

PAES-MACHADO, Eduardo; LEVENSTEIN, Charles. Assaltantes a bordo: violência, insegurança e saúde no trabalho em transporte coletivo de Salvador, Bahia, Brasil. In CADERNOS DE SAÚDE PÚBLICA. Volume 18 Número 5. Rio de Janeiro, Setembro/Outubro de 2002.

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. Estatísticas. 2010 Disponível em http://www.ssp.ba.gov.br. Acesso em 14 junho de 2010, 16h00.

RELAÇÃO DE TRABALHO DE EMPREGADOS DOMÉSTICOS

Paulo Eduardo de Oliveira

SUMÁRIO: 1. Arcabouço histórico; – 2. Conceito; – 3. Regulamentação legislativa; – 4. Reflexos sociais das alterações legislativas: 4.1. a proibição de descontos salariais; 4.2. a concessão ao direito de folga nos feriados; 4.3. férias do trabalhador doméstico; 4.4. a garantia de emprego à empregada doméstica gestante. 4.5. Inserção do trabalhador doméstico no sistema de FGTS 4.6. Seguro Desemprego; – 5. Jornada de trabalho; – 6. Quem pode ser considerado empregado doméstico; 6.1 Diarista versus empregado doméstico; 6. 2 Relação promíscua de trabalho doméstico; — 8. Questões processuais; — 9. Conclusão.

Prólogo

Este artigo tem por objetivo principal esclarecer acerca de alguns itens, sempre objeto de dúvidas, acerca da relação de trabalho doméstico.

Em primeiro lugar, propomo-nos a expor de maneira sucinta e objetiva, a gênese da relação de trabalho doméstico, e o histórico da normatização sobre a matéria, desde o período imperial, culminando nas alterações legislativas contemporâneas.

Em seguida, buscaremos concatenar a ação normativa com o panorama social, apontando melhorias conquistadas, mas também falhas que ainda persistem, com vistas à busca de uma melhoria social efetiva, através da conscientização.

Prosseguindo, buscar-se-á desmistificar o conceito que se impregnou em nossa sociedade, de que a classificação de empregado ou empregada doméstica atende exclusivamente àquelas pessoas caracterizadas precipuamente pelo perfil feminino, afro-descendente, pobre e, especialmente, carente de instrução formal.

Apesar do débito da sociedade para com grande parcela da população que atende a este perfil, – débito este que ainda não foi sanado, nem do ponto de vista legislativo, muito menos do pragmático –, hoje, dentro de uma visão mais consolidada da ciência jurídica, já se pode ascender a uma interpretação algo mais ampliada deste conceito, malgrado a maioria da população, - empregados e empregadores domésticos, não o saiba.

1. Arcabouço histórico

Dentro da perspectiva que se colima, qual seja, um melhor entendimento acerca da relação de trabalho do empregado doméstico, mister se faz que busquemos a origem etimológica do termo “doméstico”, com vistas a uma completude de entendimento.

Nesta toada, temos a origem da palavra “doméstico” no vocábulo latino *domus*[1] , que significa “casa”, advindo daí, pois,

1 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho,* 3ª ed.,Niterói, Impetus, 2009,

o termo hodiernamente utilizado para qualificar um determinado tipo de trabalhador como sendo doméstico.

2. Conceito

No que tange à utilização do labor dos escravos, percebe-se que, - atendo-nos especificamente ao Brasil do período colonial -, neste período os escravos eram subdivididos em dois grupos. Um deles atenderia ao trabalho iminentemente agrícola, desempenhando as funções de trabalhador rural. Já o outro grupo, haveria de trabalhar na casa de seus senhores, no âmbito de seu *domus*, ou, em outras palavras, do lar[2] .

Daí o conceito corrente de que o trabalhador ou trabalhadora domésticos são aqueles que trabalham na casa do seu empregador. Contudo, ao longo deste artigo, haveremos de ampliar nossos horizontes quanto a este entendimento.

Sendo assim, há que se lembrar que o direito laboral atende a quatro espécies básicas do gênero trabalhador, quais sejam, o trabalhador urbano, o estatutário, o rural e o doméstico.

3. Regulamentação legislativa

O diploma legal de regulamentação laboral de maior notabilidade em nosso ordenamento jurídico é a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Acontece que esta não se presta a regulamentar as relações de trabalho dos domésticos, como se observa do teor do artigo7°, *in verbis*:

> Art.7º. Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família no âmbito residencial destas.

Pelo visto, a CLT termina por conceituar os trabalhadores domésticos, malgrado não objetive protegê-los, mas sim de excluí-los de seus auspícios.

Com efeito, através da caracterização fornecida pela lei, seriam domésticos, pois, aqueles que exercendo seu labor, haveriam de fazê-lo para pessoa ou família, em seu âmbito residencial, e sem a intenção de proporcionar lucros financeiros para seus empregadores através de seus esforços.

Analisando-se o dispositivo, constata-se, do quanto disposto, que a CLT, ao não contemplar os domésticos, ratifica o cunho segregacionista e preconceituoso que secularmente vem conspurcando a isonomia social que um Estado Democrático de Direito deve, por bem, proporcionar a seus cidadãos.

Este mesmo estigma atingiu os trabalhadores rurais, também não acobertados pelo manto da proteção legislativa da CLT[3].

Repare-se que, os rurais e os domésticos são justamente as categorias de trabalhadores remanescentes da escravidão, e, portanto, os que historicamente mais necessitariam de suporte, haja vista a condição de abandono à qual foram alçados, quando do fim da escravidão, em 1888.

Perceba-se que a Lei Áurea ordenou a libertação dos escravos, mas não previu medidas de integração social, acesso à educação, posse de terras ou qualquer tipo de indenização. Aliás, quem pediu indenização foram os fazendeiros, contrariados com a perda de sua principal matriz energética.

Dado o panorama em que ocorreu a abolição da escravatura, seria imprescindível um plano de integração desta massa populacional recém liberta, e um arcabouço jurídico que a protege-se.

Todavia, ao contrário do que se poderia esperar, não foram protegidos àquela época, e também se viram excluídos, posteriormente, dos cuidados da CLT.

Debruçando-nos com mais especificidade sobre a questão dos domésticos, há que se perguntar: se a CLT não regulamenta sua relação de trabalho, ou, em outros termos, se este diploma legal não protege os empregados domésticos, que diploma o faria? Estariam estes trabalhadores sem nenhum amparo legal? Qualquer conduta de seus empregadores, por mais reprimível que fosse, não poderia nem mesmo ser considerada como realizada ao arrepio da lei, porquanto da ausência de uma norma capaz de disciplinar este tipo de relação laboral?

E, avançando mais em nossas arguições, haveremos de perguntar se as respostas a tais questionamentos, hoje, se mostram efetivas, capazes de proporcionar a esta categoria de trabalhadores a dignidade humana e as demais garantias que nossa Constituição preconiza.

Observando-se ao longo da história, temos nas Ordenações do Reino as primeiras leis que seriam aplicáveis aos domésticos. Em 1886, o Código de Postura Municipal de São Paulo[4] dispunha que, para que um indivíduo pudesse trabalhar, por conta própria como doméstico, haveria de provar que não era um "negro fujão", de acordo com os termos e concepção vigentes à época.

No Código Civil de 1916, temos disciplinada a locação de serviços, a partir do artigo 1.216, enquadrando-se, aí, os serviços domésticos[5] .

Já o decreto 16.107 de 1923[6] conceituou os domésticos, fazendo alusão a trabalhos pertinentes ao âmbito do lar, contudo extensível o conceito a pessoas que realizassem estes serviços em hotéis, pensões, bares, restaurantes, etc.

Também equiparou aos domésticos os empregados de edifícios residenciais, tais como porteiros, zeladores, jardineiros, etc.

Posteriormente, o Decreto-Lei 3.078 de 1941[7] especifica que os domésticos seriam apenas aqueles que, "de qualquer

p. 274.

2 CASSAR, Vólia Bomfim, *Programa Saber Direito*, Tv Justiça.

3 Esta situação só se alterou definitivamente com o advento da Constituição de 1988, que em seu artigo 7º, caput, equipara os trabalhadores urbanos e rurais.

4 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho,* 3ª ed.,Niterói, Impetus, 2009, p. 274.

5 Idem, ibidem.

6 Idem, ibidem.

7 Idem, ibidem.

profissão ou mister, mediante remuneração, prestem serviços em residências particulares ou a benefício destas". Excluía, portanto, da condição de doméstico os trabalhadores citados no decreto 16.107/23, que passam então à condição de urbanos[8] .

A lei 2.757 de 1956 retira a condição de "equiparados ao doméstico", dos trabalhadores empregados em edifícios residenciais, que passam também a ser classificados como urbanos a partir de então, desde que estivessem a serviço do condomínio e não apenas simplesmente de um morador.

De qualquer sorte, a categoria dos domésticos permanecia carente de uma regulamentação específica, ainda mais levando-se em conta o desenvolvimento da sociedade e consequentemente o crescimento demográfico e o recrudescimento de suas desigualdades, observado ao longo das décadas que sucederam a abolição da escravatura.

Com efeito, apenas em 11 de Dezembro de 1972, durante o governo Médici, é promulgada a lei 5.859, que juntamente com o decreto 71.885 de 1973 passam a disciplinar com exclusividade as relações de trabalho doméstico. De acordo com esta lei, seria considerado empregado doméstico:

> Art.1º. Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nessa lei.

Observe-se que às características já definidas na CLT, soma-se a natureza contínua dos serviços.

Através desta lei, o empregado doméstico passa a fazer jus a um rol de direitos, porém, ainda bastante restrito.

A Constituição de 88, através do parágrafo único de seu artigo 7º, cede mais alguns direitos aos domésticos, tais como salário mínimo, décimo terceiro salário, repouso hebdomadário[9] , férias anuais com acréscimo de um terço do salário, licença à gestante, sem prejuízo de emprego e salário, com a duração de cento e vinte dias, licença paternidade, aviso prévio proporcional, aposentadoria, direito ao reconhecimento de acordos e convenções coletivas, além de direito de ação.

4. Reflexos sociais das alterações legislativas

Diante do exposto, apesar de todos os benefícios conquistados representarem enorme melhoria para os trabalhadores domésticos, há certos pontos que ficaram bastante carentes de uma positivação mais efetiva.

Esta situação demanda de nós outros uma análise mais acurada sobre o tema, haja visto que, apesar de certas brechas normativas haverem sido sanadas através de reformas posteriores que buscaremos apontar, ainda não se logrou uma elevação desta categoria de trabalhadores a patamares de condição de trabalho, cidadania e dignidade plenamente aceitáveis.

Como benefícios aos trabalhadores domésticos, capazes de proporcionar melhorias em sua condição social, poderíamos citar, manifestamente: a) a proibição de descontos salariais; b) a concessão ao direito de folga nos feriados; c) férias do trabalhador doméstico; d) a garantia de emprego à empregada doméstica gestante; e) inserção do trabalhador doméstico no sistema de FGTS; f) Seguro desemprego.

4.1 - A proibição de descontos salariais.

Em um passado não muito distante, permitia-se um nefando modo de proceder. Existia a possibilidade do desconto da alimentação, moradia, vestuário e material de higiene fornecidas ao doméstico, de seu salário.

Acontece que, na realidade, o que comumente se observou ao longo do tempo foi, via de regra, o pagamento de um parco estipêndio, e ainda com descontos salariais referentes a uma alimentação, orçada como se de qualidade fosse, mas que na prática, muitas vezes constituía-se de restos e sobras da alimentação da família.

Bem assim, não raro ocorria, concomitantemente, o desconto de valores à guisa de alugueres de acomodação, com valores financeiros equivalentes aos de um aposento digno, mas que, no mais das vezes, não passavam de um acolchoado no chão de um cantinho da despensa.

Também eram aceitos descontos referentes a vestuário, onde, muitas vezes a doméstica se via obrigada a pagar por seu próprio uniforme de trabalho, e também ao material de higiene por ela utilizado, como, *verbi gratia*, o papel higiênico[10] .

Com efeito, muitas vezes, o trabalhador doméstico, após todos os descontos em seu salário, não tinha dinheiro nem para sair de casa, pagar por um transporte até um local aonde pudesse se divertir, ou por alimentação na rua, cerceando-se, assim, as possibilidades de um mínimo de lazer e higidez mental.

Apenas com o advento da lei 11.324[11] de 2006 observou-se a regulamentação destes procedimentos, vedando-se, expressamente este tipo de comportamento a partir de então.

4.2 A concessão ao direito de folga nos feriados

A CLT, em seu artigo 70 determina que não haverá trabalho nos feriados. Contudo, como já foi dito, a CLT não se aplica aos domésticos.

A lei 605 de 1949, também dispôs que não haveria trabalho nos feriados. Todavia, também dispôs, manifestamente, que o diploma não se aplicava aos domésticos.

8 Uma vez sendo considerados trabalhadores urbanos, passam a gozar dos benefícios previstos na Consolidação das Leis do Trabalho -CLT

9 Repouso semanal.

10 Zechin, Agostinho. *Programa Saber Direito,* TV Justiça.

11 Lei 11.324, de 19 de Julho de 2006 que, dentre outros procedimentos, acrescenta o art. 2º - A á lei n. 5.859/72. No caso da moradia, existe uma exceção prevista no art. 2º -A, § 1º, in verbis: Poderão ser descontadas as despesas com moradia de que trata o caput deste artigo quando essa se referir a local diverso da residência em que ocorrer a prestação de serviço, e desde que essa possibilidade tenha sido expressamente acordada entre as partes

A lei 5.859/72 calou-se a respeito do assunto.

Apenas com o advento da Constituição de 1988 o doméstico passa a fazer jus ao descanso remunerado nos finais de semana.

Contudo a questão dos feriados ainda não houvera sido resolvida. Vale dizer, os empregados domésticos deveriam trabalhar nos dias de feriados.

Apenas em 2006 surge uma lei[12] que revoga o dispositivo da lei 605/49 que determinava que ela não fosse aplicada aos domésticos. Com efeito, apenas a partir de 2006[13] os empregados domésticos passaram a gozar do descanso nos feriados[14] .

4.3 Férias do trabalhador doméstico

No que tange às férias, a lei 5.859/72 dispunha que os empregados domésticos tinham direito a gozar vinte dias úteis, enquanto que a CLT garantia aos seus tutelados o gozo de trinta dias corridos. Ambas as modalidades haveriam de ser contempladas com um pagamento suplementar correspondente a um terço do salário.

Novamente a lei 11.324/2006[15] presta-se às correções oportunas, e equipara os períodos de férias dos empregados domésticos ao dos urbanos.

4.4 A garantia de emprego à empregada doméstica gestante.

A situação de incongruência legislativa para com a doméstica chegou a tal ponto, que já ocorreu de a lei facultar o direito à licença maternidade, porém, esta garantia não se dava concatenada a uma garantia de estabilidade no emprego.

A Constituição Federal[16] , vedou a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Todavia, a trabalhadora doméstica não gozava de tal proteção.

Assim, o que de ordinário ocorria era que, com o advento da gravidez, a empregada tinha direito a receber o auxílio previdenciário pertinente. Contudo, ao comunicar seu estado gravídico ao patrão, em muitos casos, simplesmente era sumariamente demitida.

Finalmente a lei de 2006[17] veda também, expressamente, a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica, nos mesmos moldes do mandamento constitucional.

4.5 Inserção do trabalhador doméstico no sistema de FGTS

A lei 8.036 de 1990 dispõe sobre o Fundo de garantia do Tempo de Serviço. Seguindo a tendência normativa do século passado, não contemplava os domésticos.

Apenas com o advento da lei 10.208[18] de 2001, passa a ser facultado ao empregador que inclua seu empregado doméstico no FGTS.

Em outras palavras, o empregado doméstico somente fará jus ao regime do FGTS caso seu empregador opte por este regime. E, caso este não opte, não será obrigado a realizar tal opção.

Portanto, a lei até previu o caso, e antes desta reforma, nem com a vontade do empregador a inclusão do empregado no FGTS seria possível. Mas não o resolveu em definitivo, haja vista a previsão da vontade e não da obrigatoriedade do empregador em optar.

O FGTS representa 8% do salário do empregado, e terá que ser recolhido pelo empregador. Ademais, as anotações contábeis para efeitos de Imposto de Renda, não são de domínio geral.

Portanto, muitos empregadores domésticos, por não saberem lidar com a parte contábil deste instituto, terminam por não inscrever seus empregados domésticos no sistema de FGTS.

Como, no mais das vezes os empregados também não sabem lidar com a parte contábil, e nem sempre entendem todas as implicações da informalidade das relações trabalhistas em âmbito doméstico, o instituto acaba sendo de pouca aplicabilidade.

4.6 Seguro desemprego

Hoje em dia o empregado doméstico pode ter direito ao seguro desemprego. Afirma-se que pode - ao revés de simplesmente se afirmar que tem - , porque haverão de ser cumpridos dois requisitos básicos: em primeiro lugar, o patrão deverá ter optado por incluir o empregado no sistema de FGTS.

E, em segundo lugar, uma vez incluso no FGTS, haverá o trabalhador que cumprir o tempo de trabalho previsto em lei, que seria um mínimo de quinze meses nos últimos vinte e quatro meses contados da dispensa sem justa causa.

O seguro desemprego[19] será pago pelo Estado, através da Previdência Social.

Todavia, uma vez que a opção por recolher o FGTS por parte do empregador é assaz rara, a concessão do Seguro Desemprego ao doméstico também é rara de se observar.

12 Lei 11.324, de 19 de Julho de 2006 que, dentre outros procedimentos, revoga a alínea a do art. 5º da lei n. 605/49.

13 Idem.

14 Zechin, Agostinho. Programa Saber Direito, TV Justiça.

15 Lei 11.324, de 19 de Julho de 2006 que, dentre outros procedimentos, altera o art. 3º da lei n. 5.859/72.

16 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, art. 10º, II, b

17 Lei 11.324, de 19 de Julho de 2006 que, dentre outros procedimentos, acrescenta o artigo 4º - A à lei 5.859/72.

18 acrescenta o art. 3º - A à Lei 11.324/2006

19 O caput do artigo 6º - A, da lei 5.850/72, acrescentado pela lei 10.208 de 2001, disciplina a matéria, aludindo à lei n. 7.998/90 que trata do seguro desemprego. Os prazos e o conceito de justa causa se vêem disciplinados e conceituados ao longo dos parágrafos do supracitado artigo.

5. Jornada de trabalho

Dentre as situações passíveis de uma perscrutação mais acurada, por parte do legislativo e da sociedade, é de se notar a questão da jornada de trabalho do doméstico.

Entenda-se que se, por um lado conquistaram-se alguns direitos como os já mencionados, por outro lado, esta categoria simplesmente ainda não faz jus a uma jornada fixa e/ou pré-estipulada de trabalho, como ocorre com urbanos e rurais, que tem carga horária estipulada em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais[20] .

Isso significa dizer, que o doméstico acaba, na prática, sendo explorado por seus empregadores, em extensas jornadas.

Através desta artimanha jurídica, o empregado doméstico vê subtraídas as possibilidades de receber horas extras e/ou adicional noturno.

Não faz jus a tais benefícios devido ao silêncio da lei 5.859/72 quanto ao assunto, situação esta também não resolvida pela Constituição de 88, pela CLT e nem pelos trabalhos normativos realizados posteriormente.

Como já citado algures, a definição hodierna do conceito de empregado doméstico, balaustrada pela CLT e pela própria lei n. 5.859/72, que dispõe especificamente sobre a profissão de doméstico, temos que, seriam características suas o labor realizado com natureza contínua, sem finalidade lucrativa, no âmbito residencial de pessoa ou família.

6. Quem pode ser empregado doméstico?

Um equívoco muito comum por parte da sociedade, é enquadrar o conceito de empregado doméstico no estereótipo da mulher, afro-descendente, pobre e sem instrução formal. Nada mais incorreto.

Com efeito, a pessoa que trabalha para outra pessoa ou família, em âmbito residencial, sem proporcionar lucro a seu empregador, é, via de regra, doméstico.

Assim, pode-se realmente considerar a tradicional empregada doméstica como perfeitamente enquadrada nestes parâmetros. Bem assim o jardineiro, um chofer ou um mordomo.

Porém, uma pessoa com suficientes posses financeiras, em caso de necessidade, pode muito bem contratar um médico altamente especializado, para cuidar, com exclusividade de sua saúde ou de um membro de sua família. E recompensar-lhe regiamente, haja visto o alto grau de especialização e a exclusividade no atendimento. E, no entanto, este médico, nesse caso, será um empregado doméstico[21] .

Da mesma forma, uma pessoa que possua, v.g. um helicóptero, e contrate um piloto, também especializado - e, portanto, bastante oneroso se imaginarmos o salário mínimo com o qual geralmente se imagina remunerar o trabalho do doméstico -, com o objetivo de realizar passeios de lazer apenas para si e sua família, estará celebrando um contrato de trabalho doméstico.

Estes simples exemplos colimam demonstrar quão ignominiosa é a concepção corrente do que seria um empregado doméstico.

6.1 Diarista *versus* empregado doméstico

Acerca da natureza contínua do serviço, reside ai uma das maiores controvérsias do direito trabalhista moderno. Afinal, caberia perguntar, dentre as pessoas que realizam este tipo de trabalho, como diferenciar uma diarista de uma empregada doméstica? E mais ainda. Por que estabelecer tal diferenciação?

Enfrentando estas questões, percebe-se que a diarista, seria aquela pessoa que presta serviços sem continuidade, portanto, autônoma. Já no caso da empregada doméstica, esta trabalharia em caráter de continuidade[22] .

Mas é ai que reside o grande problema. Dentro desta perspectiva, qual seria a justa e correta interpretação da continuidade, positivada no artigo 1º da lei n. 5.859/72? Qual seria a periodicidade ou regularidade capaz de, em termos práticos, diferenciar a diarista da empregada doméstica?

O fato é que a lei não determina, sendo necessário então que nos utilizemos da construção doutrinária e jurisprudencial.

A interpretação léxica de continuo refere-se àquilo que não se interrompe. Seria, pois, o trabalhador doméstico então, apenas aquele que trabalha durante toda semana, salvo, por óbvio, o descanso semanal remunerado, ao qual o doméstico tem direito. Esta seria a primeira tese[23] .

Uma segunda tese determina que se observe a continuidade sob um parâmetro vertical e não horizontal[24] . Assim, uma empregada que labore apenas às segundas, portanto apenas uma vez por semana, mas por um período de tempo continuado, seria considerada doméstica. Isto porque observando-se de forma vertical em um calendário, torna-se fácil perceber a continuidade, qual seja, toda segunda-feira.

A terceira tese leva em conta o número de dias trabalhado durante a semana, e conta com duas vertentes. Durante muito tempo, o entendimento jurisprudencial foi de que este limite seria de três dias por semana[25] . Até dois dias por semana configuraria a prestação de serviço autônoma. Este entendimento ainda permanece para a primeira vertente.

Uma segunda vertente leva em conta que, recentemente, o TST exarou uma decisão valendo-se do direito comparado[26] , em que se considera doméstico aquele que trabalha pelo menos quatro dias da semana em uma mesma residência.

20 Conforme Constituição Federal de 88, art. 7º, XIII.

21 CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho, 3ª ed.,Niterói, Impetus, 2009, p. 275.

22 Zechin, Agostinho. *Programa Saber Direito*, TV Justiça.

23 Idem, ibidem.

24 Idem, ibidem.

25 Zechin, Agostinho. *Programa Saber Direito,* TV Justiça.

26 O TST valeu-se de um decreto da Argentina, que estipula expressamente em quatro dias a periodicidade semanal necessária à estipulação de vínculo empregatício de doméstico.

Diante do exposto, percebe-se que ainda não há posição pacífica acerca do assunto, e no caso de uma reclamação trabalhista, tudo vai depender da linha adotada pelo julgador.

Mas afinal, qual seria a relevância disso? Ora, a diarista, reputa-se à guisa de trabalhadora autônoma, e nesta toada, faz jus exclusivamente ao pagamento pelo serviço prestado.

Já a empregada doméstica tem vínculo de emprego com o tomador dos serviços, e portanto tem alguns direitos assegurados, como registro em carteira, férias acrescidas com um terço, décimo terceiro salário, repousos semanais remunerados, estabilidade em caso de gravidez, aviso prévio, etc.

Assim, dentro do universo dos tribunais fará muita diferença a prova – ou sua ausência –, de um vínculo empregatício.

6.2 Relação promíscua de trabalho doméstico

Quando se pensa nesta questão, mister se faz perguntar se uma faxineira, em um escritório, seria uma doméstica. Ou até, na hipótese de uma pessoa que trabalhe em sua própria residência, caso solicite à sua doméstica que faça uma faxina no único quarto da casa que serve como escritório. Ocorre descaracterização de vínculo de trabalho doméstico? E, caso ocorra, quais seriam suas conseqüências?

O entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência aponta a tendência a uma descaracterização de vínculo de emprego doméstico em hipóteses em que o empregador se beneficie dos trabalhos do doméstico para auferir lucro. O mesmo raciocínio vale para aquele empregador que realiza seus trabalhos no âmbito de sua residência, não sendo comumente aceito que se utilize dos serviços do doméstico neste ambiente onde desenvolve atividades empresariais.

A sanção nestes casos será a conversão do vínculo de trabalho de doméstico para urbano, o que implica uma gama de direitos a mais para este funcionário, especialmente no que tange à jornada de trabalho, vigendo a carga horária prevista em lei, com obrigatoriedade de pagamento de horas extras, adicionais noturnos e demais benefícios.

Diante do exposto, parece óbvio, que certas injustiças históricas, reputáveis à guisa de atrocidades, ainda que extremamente postergada sua resolução, foram banidas do comportamento legalmente permitido.

A lei 11.324/2006 mostra-se um marco dentro deste painel de conquistas. Mas há de se observar que, de 1888 a 2006 lá se vão 118 anos sem que nenhuma das várias leis editadas enfrentasse, definitivamente, algumas questões.

Não obstante as melhoras auferidas, observando-se com cuidado, é de se notar a falácia em que os trabalhadores e trabalhadoras domésticos ainda se vêem enredados.

Conquanto hajam conquistado uma melhoria em suas condições de trabalho porquanto dos direitos já regulamentados, é patente a falta da normatização acerca de sua jornada de trabalho bem como da obrigatoriedade e não faculdade da inserção do trabalhador doméstico no regime do FGTS.

7. Referências

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das leis do trabalho* – 34ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho* – 3ª ed. – Niterói: Impetus, 2009

CASSAR, Vólia Bomfim, *anotações das aulas do programa Saber Direito,* exibidas pela TV Justiça, de 08/09/2008 a 12/09/2008

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico jurídico* – 10ª ed. – São Paulo, Rideel

CAIRO JR., José. *Curso de Direito do Trabalho* - 3ª ed. – Juspodivm, 2009

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio* – 6ª ed. – Curitiba: Positivo, 2006

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado* – 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de Metodologia Jurídica* – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009

Vade mecum – 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009

ZECHIN, Agostinho – *anotações das aulas do programa Prova Final,* da rede LFG, exibido pela TV Justiça, em 24/07/2009

Revista Jurídica

UNIRB

www.unirb.edu.br

UNIRB
FACULDADE REGIONAL DA BAHIA

Salvador
71 3368.8300
Av. Tamburugy, 474 - Patamares

UNIRB
FACULDADE REGIONAL DE ALAGOINHAS

Alagoinhas
75 3422.8900
Rua Altino Rocha, 100 - Alagoinhas Velha

Siga-nos: